



Dottorato di ricerca in diritto tributario delle società

XXIV Ciclo

Coordinatore: Chiar.ma Prof.ssa Livia Salvini

Il patrimonio netto nel sistema dell'imposizione sui redditi

Tutor:

Chiar.mo Prof. Massimo Basilavecchia

Dottorando:

Carmela De Stasio

Anno Accademico 2012/2013

INDICE

Introduzione

CAPITOLO I

IL REGIME GIURIDICO E FISCALE DELLE POSTE DEL PATRIMONIO NETTO

Premessa	15
1 Quadro normativo di riferimento e problematiche generali	16
2 Il concetto di patrimonio sociale	23
3 Il patrimonio netto nelle società di persone	32
4 Il capitale sociale e i conferimenti	34
5 I fondi del passivo e la formazione di riserve di utili impliciti	42
6 Le riserve: concetto generale	47
6.1 segue: profili civilistici delle riserve e problematiche fiscali	50
7 La classificazione delle riserve in funzione dei vincoli posti dal legislatore civilistico alla loro distribuibilità e alla disponibilità	88
7.1 segue: la disponibilità delle riserve	88
7.2 segue: la distribuibilità delle riserve	91
7.3 segue: l'utilizzabilità delle riserve a copertura delle perdite	93
8 Il concetto di riserve e fondi disponibili nel diritto tributario	93
8.1 segue: fattispecie normative che danno luogo a riserve in sospensione di imposta	97
9 Regime tributario delle poste del patrimonio netto, variazioni del patrimonio netto e fattispecie imponibili (rinvio)	122
10 La stratificazione fiscale del patrimonio netto e del capitale sociale: esiste nell'ordinamento attuale?	124
11 La presunzione legale di distribuzione degli utili: profili generali, coordinamento con l'art. 47, commi 5, 6 e 7 del tuir e con l'art. 37 bis, comma 3, lett. A), dpr 600 del 1973	127

11.1	segue: come si coordina la presunzione di distribuzione ex art. 47, comma 1, con i commi 5, 6 e 7 della stessa disposizione?	131
11.2	segue: rapporto tra stratificazione fiscale del patrimonio netto, norma antielusiva e presunzione legale di distribuzione degli utili	135

CAPITOLO II

IL SISTEMA IMPOSITIVO DEGLI UTILI E DELLE RISERVE DI UTILI

1	Concetto di utili di esercizio e di dividendo vs concetto di utili da partecipazione e proventi assimilati	138
2	Tassazione del reddito d'impresa in capo alla società ed esigenza di coordinamento della tassazione degli utili da partecipazione in capo al socio: il problema della doppia imposizione degli utili societari: esiste?	158
3	“Accantonamento” di utili di esercizio e imputazione di utili di esercizio e riserve di utili al capitale: effetti tributari in capo alla società e al socio: evoluzione della normativa	192

CAPITOLO III

RESTITUZIONE/DISTRIBUZIONE DI CAPITALE E RISERVE DI CAPITALE: EFFETTI FISCALI DELLA PERDITA DELLA QUALITÀ DI SOCIO; EFFETTI FISCALI IN CASO DI PERMANENZA DELLA QUALITÀ DI SOCIO.

1	La società tra forma di organizzazione dell'impresa e forma di investimento	203
2	Il problema della soggettività delle società. Rapporto tra soggettività giuridica e personalità giuridica. Rapporto tra autonomia patrimoniale e soggettività giuridica. Soggettività tributaria	210
3	I conferimenti tra atto di organizzazione e forma di investimento	

del valore	216
4 Il capitale sociale dal punto di vista del socio	223
5 La partecipazione sociale: una definizione difficile	228
5.1 Segue: la partecipazione nelle società di persone	234
6 Il fondamento (economico e giuridico) della tassazione dei conferimenti di beni	240
6.1 segue: esigenze di simmetria	243
6.2 segue: la valenza essenzialmente tendenziale del principio di simmetria	244
7 La valorizzazione delle partecipazioni non proporzionali	246
7.1 segue: e degli strumenti finanziari partecipativi	248
7.2 segue: e dei versamenti dei soci	249
8 Regime di tassazione dei conferimenti e apporti	252
9 Il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione sociale	254
10 Fattispecie che danno luogo a restituzione di conferimenti: in particolare il recesso del socio	262
11 Il valore assoggettato a tassazione (vfr della partecipazione) rileva al momento della restituzione del conferimento?	270
12 Le conseguenze fiscali del recesso	277
13 L'evoluzione della normativa in tema di redditi di capitale e diversi ai fini dell'individuazione della categoria di appartenenza della differenza da recesso	286
14 Natura reddituale del sottozero: luci ed ombre della legislazione vigente	293
15 Strumenti finanziari partecipativi. Remunerazione riconosciuta al socio al momento dello scioglimento del rapporto: quale natura reddituale?	303
CONCLUSIONI	304
BIBLIOGRAFIA	311

INTRODUZIONE

Scopo della presente indagine è l'individuazione, se esiste, di una disciplina organica della tassazione delle poste del patrimonio netto d'impresa, alla luce dei principi economici della completezza, neutralità ed efficienza e di quelli giuridici di capacità contributiva, progressività dell'imposizione, nozione di reddito assoggettabile a tassazione.

Tale ricerca abbraccia una molteplicità di profili di studio tanto di carattere economico quanto giuridico.

Per non rischiare di rendere l'indagine dispersiva appare utile partire da una ricostruzione di tutte le norme fiscali che direttamente o indirettamente sono riconducibili alla materia della tassazione delle poste di patrimonio netto.

Questo punto di partenza permetterà di suddividere ed approfondire meglio i molteplici aspetti dell'argomento in esame.

In ogni caso, ed in prima approssimazione, è possibile individuare due macroaree di studio: la prima riguarda il patrimonio netto nella prospettiva dell'impresa e della società; la seconda, attiene al patrimonio netto nella prospettiva del socio.

La prima macroarea rimanda alla teoria economico-aziendale delle poste del patrimonio netto ed alla disciplina commercialistica del capitale e delle riserve e dei fondi del passivo (cap. I). Dal punto di vista fiscale il patrimonio netto nella prospettiva dell'impresa e delle società richiama le questioni della soggettività tributaria delle società (cap. II e III), della definizione del reddito d'impresa assoggettabile a tassazione, con particolare riferimento agli utili prodotti e agli utili reinvestiti (cap. II), ai sovrapprezzi azionari, ai fondi di accantonamento, ai versamenti dei soci, ai plusvalori patrimoniali (saldi di rivalutazione, riserva derivanti dalla valutazione al fair value) (cap. I).

La seconda macroarea (ossia il patrimonio netto nella prospettiva del socio) rinvia all'approfondimento delle teorie commercialistiche sulla partecipazione sociale e le connesse posizioni soggettive del socio, nonché sul conferimento in società (cap. III). Nella prospettiva fiscale, l'analisi richiede la determinazione economica e giuridica dei redditi derivanti dalla partecipazione sociale assoggettabili a tassazione e l'individuazione del loro regime di tassazione (cap. II), e, ancora, l'approfondimento del

trattamento fiscale del conferimento e del connesso valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni (cap. III).

Trasversalmente alle due aree di indagine, innanzi identificate, si pone il problema dei rapporti tra soci e società (cap. II). Dal punto di vista giuridico, ciò implica un'indagine sul grado di identificazione del socio con la società (e quindi sul significato della partecipazione sociale) (cap. II e III); nella prospettiva fiscale, alla luce del rapporto giuridico tra socio e società, si pone il problema dell'esatta identificazione dei soggetti passivi di imposta e della ricchezza da assoggettare a tassazione (cap. II).

Sotto quest'ultimo profilo, si tratta di mettere a fuoco le variazioni di valore del patrimonio netto suscettibili di generare materia imponibile alla luce delle più generali specificazioni legislative del concetto di reddito. Ci si interroga, quindi, sugli effetti fiscali delle variazioni del patrimonio netto determinate dagli aumenti e dalle riduzioni del capitale sociale, dai versamenti dei soci a titolo di sovrapprezzo, in conto capitale e a coperture di perdite, dagli accumuli di utili, dall'acquisto di azioni proprie, dalle rivalutazioni monetarie ed economiche dei beni d'impresa, dai condoni fiscali, dai contributi in conto capitale. A queste si devono aggiungere le variazioni dovute a specifiche leggi fiscali che obbligano alla costituzione di riserve, nonché quelle variazioni dovute alla valutazione al fair value delle attività aziendali imposta dai principi contabili internazionali.

QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO.

Si cercherà di suddividere le norme tributarie in funzione delle suddette macroaree di indagine, partendo dalla prospettiva del socio.

Occorre subito distinguere le partecipazioni detenute in soggetti passivi dell'IRES (società di capitali ed enti commerciali) da quelle detenute in società soggette allo speciale regime dell'art. 5 del TUIR (società di persone); e nell'ambito di ognuna di queste, distinguere tra le partecipazioni detenute in regime d'impresa da quelle non detenute in tale regime.

In via generale, le disposizioni relative alle partecipazioni riguardano: il trattamento tributario dei redditi da esse derivanti (utili e plusvalenze); il trattamento tributario dei

conferimenti e degli apporti in società; la determinazione del valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni.

Le fattispecie suscettibili di generare reddito in capo al socio, in prima approssimazione, si possono così suddividere: conferimento di beni e servizi; distribuzione di utili; cessione onerosa delle partecipazioni sociali; riduzione del capitale esuberante deliberata successivamente all'aumento del capitale mediante passaggio di riserve diverse da quelle di capitale; recesso, esclusione, riscatto, riduzione del capitale esuberante, liquidazione anche concorsuale della società.

Le fattispecie che incidono sul valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni sono: la valutazione dei conferimenti, la distribuzione di riserve costituite con sopraprezzi di emissione delle azioni o quote, con interessi di congruaggio versati dai sottoscrittori di nuove azioni o quote, con versamenti fatti dai soci a fondo perduto o in conto capitale e con saldi di rivalutazione monetaria esenti da imposta.

Gli utili derivanti da partecipazioni detenute in società ed enti soggetti al regime dell'IRES, da persone fisiche non esercenti attività di impresa, sono disciplinati dall'art. 47 del TUIR. Questa norma va letta con l'art. 44 e, in particolare, con le lettere e) ed h) del comma 1 e la lettera a) del comma 2.

Nello specifico, la lettera e) definisce, tra l'altro, come redditi di capitale gli utili derivanti dalla partecipazione al capitale o al patrimonio delle società ed enti di cui all'art. 73 (ossia i soggetti passivi dell'IRES). La lettera h) del comma 1 ed a) del comma 2 sono indispensabili per determinare la nozione di reddito di capitale, in particolare di utili da partecipazione, secondo il legislatore tributario.

I commi 5, 6 e 7 dell'art. 47 circoscrivono ulteriormente la definizione di utili da partecipazione escludendo tale natura sia per le somme e i beni ricevuti dai soci a titolo di ripartizione di riserve o altri fondi che si possono genericamente identificare come riserve di capitale (secondo la disciplina e la prassi contabile), sia, in caso di aumento del capitale sociale mediante imputazione di riserve, per le nuove azioni gratuite ricevute dai soci e per l'aumento gratuito del valore nominale di quelle già emesse. Tuttavia, nel caso in cui l'aumento del capitale sociale avvenga tramite imputazione di riserve diverse da quelle di capitale, la successiva deliberazione di riduzione per esuberanza determina distribuzione di utili. Infine, sono considerati utili le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci nei casi di recesso, esclusione, riscatto,

riduzione del capitale esuberante, liquidazione della società. In questi casi si considera utile la parte eccedente il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate.

Per quanto riguarda le plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni sociali non detenute in regime di impresa, le norme di riferimento sono costituite, in primo luogo, dall'art. 67, comma 1, lettere c) e c bis). La prima si riferisce, e qualifica come redditi diversi, le plusvalenze derivanti dalla cessione onerosa di partecipazioni "qualificate" (definite dalla stessa disposizione), sia in soggetti passivi dell'IRES sia in società di cui all'art. 5 del Tuir; la seconda (lettera c bis) si riferisce (e qualifica come redditi diversi) le plusvalenze diverse da quelle di cui alla predente lettera c), derivanti dalla cessione di partecipazioni (meglio identificate in altre disposizioni come "non qualificate") in soggetti IRES e in società personali.

Tali norme si coordinano col successivo art. 68, comma 3, che sancisce il regime di tassazione delle plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni qualificate. Questo, a sua volta, va letto con il comma 1 dell'art. 47 che reca il regime impositivo degli utili da partecipazione in soggetti IRES, non detenute in regime di impresa. In entrambi i casi, infatti, partecipa alla formazione del reddito complessivo del socio solo il 49,72% dell'ammontare dell'utile o della plusvalenza, per ragioni che attengono alla disciplina tributaria dei rapporti tra soci e società e che verranno approfondite in seguito. Si osserva che il regime impositivo degli utili cambia nel caso in cui essi derivino da partecipazioni non qualificate in soggetti IRES: in tale fattispecie essi subiscono la ritenuta a titolo d'imposta nella misura del 12,50% (art. 27 del dpr n. 600 del 1973). Analogamente, le plusvalenze derivanti dalla cessione di tale ultima tipologia di partecipazioni subiscono l'imposta sostitutiva nella stessa misura del 12,50% (anche per le partecipazioni in società personali) ai sensi dell'art. 5 del dlgs n. 461 del 1997.

Quando si parla di plusvalenze un aspetto fondamentale è rappresentato dalla determinazione del valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni, quale parametro di confronto, rispetto al corrispettivo percepito, per determinare il differenziale imponibile; e, a tal proposito, le disposizioni alle quali occorre fare riferimento, per quanto riguarda le partecipazioni in soggetti passivi dell'IRES, non detenute in regime di impresa, sono: il comma 6 dell'art. 68, che richiama il costo o il valore di acquisto assoggettato a tassazione; l'art. 9, comma 2, nella parte in cui

considera corrispettivo del conferimento o degli apporti in società o in altri enti, il valore normale dei beni e dei crediti conferiti; l'art. 47, comma 5, che, con riferimento alla ripartizione di riserve di capitale di soggetti IRES, specifica che questa non dà luogo a utili ma determina una riduzione del costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni.

Per quanto riguarda i soci di società personali, le norme di riferimento sono: l'art. 5, che sancisce il principio di imputazione dei redditi di tali società a ciascun socio in proporzione alla quota di partecipazione; l'art. 8, comma 3, che reca la disciplina delle perdite derivanti dalle partecipazioni in società di persone; l'art. 17, comma 1, lettera l), che sancisce l'applicabilità della tassazione separata, a determinate condizioni, ai redditi conseguiti dai soci nei casi di recesso, esclusione, riduzione del capitale, liquidazione della società personale. Questa disposizione va letta con l'art. 20 bis che, ai fini della determinazione dei redditi conseguiti dal socio nei casi anzidetti, rimanda all'art. 47, comma 7, ossia ad una disposizione dettata per le stesse fattispecie nei confronti di soci di società soggette all'IRES. Per quanto riguarda le plusvalenze sono applicabili le stesse disposizioni viste per i soci che detengono partecipazioni in soggetti passivi dell'IRES.

Riepilogando, le partecipazioni, non detenute, in regime di impresa, se riguardanti società trasparenti, comportano nei confronti del socio l'applicazione: dell'art. 5, per gli utili e le perdite prodotte dalla società, quindi tutto il risultato della società deve essere incluso nel reddito complessivo del socio, a prescindere dall'effettiva percezione. Questa stessa regola vale nei casi di recesso, esclusione, riscatto, riduzione del capitale esuberante, liquidazione anche concorsuale della società, per la parte che eccede il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate, se non sussistono le condizioni per l'applicazione della tassazione separata; degli articoli 67, lettere c) e c bis), e 68, comma 3, del TUIR e dell'art. 5 del dlgs n. 461 del 1997, per le plusvalenze da cessione, di modo che occorre distinguere tra partecipazioni qualificate e non qualificate: nel primo caso, concorre al reddito complessivo (come reddito diverso) solo il 49,72% della plusvalenza, calcolato come indicato nell'art. 68, comma 3; nel secondo caso, si applica l'imposta sostitutiva sul differenziale calcolato ai sensi della medesima disposizione .

Per quanto riguarda il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni in società personali, valgono alcune delle regole viste a proposito dei soci di società IRES con l'aggiunta di disposizioni specifiche. In altri termini si applicano: il comma 6 dell'art. 68, che richiama il costo o il valore di acquisto assoggettato a tassazione; l'art. 9, comma 2, nella parte in cui considera corrispettivo del conferimento o degli apporti in società o in altri enti, il valore normale dei beni e dei crediti conferiti; l'art. 68, comma 6, nella parte in cui specifica che per le partecipazioni in società di cui all'art. 5 il costo è inciso dagli utili e dalle perdite attribuite per trasparenza e dagli utili distribuiti.

Si osserva che mentre l'art. 47, comma 5 specifica che la ripartizione di riserve di capitale di soggetti IRES non dà luogo a utili ma determina una riduzione del costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni, non altrettanto risulta esplicitato l'effetto della distribuzione di riserve di capitale da parte di società di persone ai propri soci.

Si passa ora alla rassegna delle norme riguardanti le partecipazioni detenute in regime di impresa.

In forza dell'art. 81, che si applica, ai fini della determinazione del reddito d'impresa, a tutti i soggetti che esercitano l'impresa commerciale (e ciò per il rinvio alle disposizioni sull'IRES operato dall'art. 56), dividendi e plusvalenze sono da considerarsi sempre reddito d'impresa (principio di onnicomprensività del reddito di impresa). D'altra parte, per gli utili conseguiti nell'esercizio d'impresa esiste una esplicita disposizione che nega la natura di reddito di capitale (art. 48) e ne sancisce la natura di reddito d'impresa. Per i dividendi le disposizioni di riferimento sono gli artt. 59 e 89, entrambe le disposizioni richiamano l'applicabilità dell'art. 47 ove compatibile.

In forza di tali disposizioni i dividendi corrisposti da società ed enti soggetti all'IRES sono esclusi dalla formazione del reddito di esercizio del percipiente nella misura del 95%, se questi è a sua volta un soggetto passivo dell'IRES, oppure concorrono a formare il reddito complessivo nella misura del 49,72% se il percipiente è un imprenditore individuale e la partecipazione è detenuta in regime di impresa. La stessa regola dovrebbe valere per le partecipazioni in soggetti IRES detenute da società personali.

Nel caso di partecipazioni in società personali si applica, invece, sempre l'art. 5 chiunque sia il socio detentore, e l'utile partecipa per intero alla formazione del reddito del socio secondo il principio di imputazione per trasparenza.

Per quanto riguarda le plusvalenze patrimoniali (derivanti dalla cessione onerosa delle partecipazioni detenute in regime di impresa), rileva la distinzione tra plusvalenze esenti e plusvalenze non esenti. Le prime sono disciplinate dall'art. 87 che fissa i requisiti delle partecipazioni che sono soggette al regime dell'esenzione nella misura del 95%. Tale regime di esenzione vale anche per le partecipazioni in società di persone purché il detentore sia un soggetto passivo dell'IRES. Se, invece, la plusvalenza esente fa capo all'impresa individuale, allora essa non concorre alla formazione del reddito imponibile limitatamente al 50,28% dell'ammontare. Costituiscono plusvalenze patrimoniali, ai sensi dell'art. 86, comma 5 bis, anche le somme o il valore dei beni ricevuti nei casi di cui all'art. 47, commi 5 (distribuzione di riserve di capitale) e 7 (recesso, esclusione, riscatto, riduzione del capitale esuberante, liquidazione della società) per la parte che eccede il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni. Anche per tali plusvalenze vale la distinzione tra partecipazioni esenti e non.

Per la determinazione delle plusvalenze patrimoniali, e del connesso, valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni, sono rilevanti: l'art. 86, comma 2, che fa riferimento al costo non ammortizzato della partecipazione e che va letto con l'art. 110 che reca norme particolari per la determinazione del costo dei beni di impresa; gli artt. 101 e 94 che attengono alle valutazioni di fine esercizio di tali beni e che sono dirette a determinarne il valore fiscalmente riconosciuto.

Nello specifico, preme rilevare che gli artt. 94, comma 6, e 101, comma 6, sanciscono che l'ammontare dei versamenti a fondo perduto o in conto capitale fatti alla società (sia soggetto passivo dell'IRES, sia società trasparente) determina un aumento del valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione del socio.

Inoltre, con riferimento alle società per azioni, l'aumento gratuito del capitale sociale determina una riduzione del valore unitario delle azioni del socio ricevente, a norma dell'art. 94, comma 5.

Il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni detenute in regime di impresa è, infine, soggetto a norme particolari quando il conferimento ha per oggetto partecipazioni di controllo o di collegamento oppure aziende (artt. 175 e 176).

Nella prospettiva delle società, le norme che più segnatamente appaiono attenerle a tale punto di vista sono: l'art. 88, comma 4, il quale specifica che per la società (soggetto IRES) i versamenti dei soci non costituiscono sopravvenienza attiva; l'art. 91, che esclude dalla formazione del reddito di impresa i differenziali che derivano dall'annullamento di azioni proprie ed i sovrapprezzi e gli interessi di conguaglio ricevuti dai soci; gli artt. 172 e 173 riguardanti le operazioni, rispettivamente, di fusione e scissione di società, nella parte in cui dettano il regime fiscale delle riserve in sospensione d'imposta iscritte nell'ultimo bilancio delle società fuse o scisse

Per i soggetti che redigono il bilancio in base ai principi contabili internazionali sono dettate norme particolari che derogano a quelle previste per gli altri soggetti che adottano il regime contabile interno. I dividendi percepiti non sono esenti ma partecipano per intero alla formazione del reddito di esercizio se provengono da partecipazioni azionarie e strumenti finanziari assimilati alle azioni detenuti per la negoziazione (art. 89 comma 2 bis). Gli strumenti finanziari diversi da quelli detenuti per la negoziazione, sono considerati immobilizzazioni finanziarie (art. 85, comma 3 bis) e si dovrebbero applicare le stesse regole previste per i soggetti non IAS adopter con riferimento al trattamento dei dividendi e delle plusvalenze.

Occorre precisare che per tali soggetti valgono, anche in deroga alle disposizioni delle norme relative all'IRES, i criteri di qualificazione, imputazione temporale e classificazione in bilancio previsti dagli IAS/IFRS (art. 83).

In linea con tale principio, la valutazione delle partecipazioni azionarie e degli strumenti finanziari assimilati, che non costituiscono immobilizzazioni finanziarie, effettuata in base alla corretta applicazione degli IAS/IFRS, rileva anche ai fini fiscali (art. 94, comma 4 bis). Per quelli che costituiscono immobilizzazioni finanziarie, la valutazione secondo i principi IAS/IFRS assume rilievo ai fini fiscali, in particolare, con riferimento ai maggiori o minori valori iscritti in bilancio, ma soltanto se imputati al conto economico secondo la corretta applicazione di tali principi.

Per quanto riguarda le minusvalenze da realizzo di partecipazioni azionarie e strumenti finanziari assimilati non aventi i requisiti per la PEX, ai soggetti IAS adopter non si applica il disposto dell'art. 109, commi 3 bis, 3 ter e 3 quater, che ne stabiliscono l'irrelevanza fino a concorrenza dell'importo non imponibile dei dividendi e relativi acconti percepiti nei 36 mesi precedenti il realizzo.

Oltre ai richiami alle poste che lo compongono visti nel sopra delineato quadro normativo fiscale di riferimento, si osserva che nel TUIR si fa uso dei termini patrimonio, patrimonio netto, patrimonio netto contabile, patrimonio sociale in diverse disposizioni, ad esempio, per la determinazione del valore normale di partecipazioni in società non quotate ed enti (art. 9); per individuare i titoli partecipativi suscettibili di generare utili e plusvalenze (art. 44, 47, 67); per stabilire l'applicabilità della participation exemption (art. 87); per determinare la differenza che non concorre a formare il reddito nel caso di annullamento di azioni proprie (art. 91); per calcolare la parte costo di acquisto delle partecipazioni che costituiscono immobilizzazioni finanziarie di controllo che non è deducibile (art. 101); per individuare la parte delle perdite imputabili per trasparenza ai soci di società di capitali che optano per tale regime impositivo (art. 115); per determinare l'ammontare di perdite riportabili in caso di operazioni straordinarie (art. 172).

Si tratta di comprendere in che misura la nozione di patrimonio della società e delle sue componenti è adattata alle esigenze del diritto tributario, si da pervenire ad una visione complessiva dei fondamenti posti a base della tassazione delle poste del patrimonio netto.

METODO DI INDAGINE

Fatta questa breve premessa normativa si passa a specificare il metodo di indagine.

Poiché il diritto è una scienza sociale che preesiste alle disposizioni legislative, nel senso che la legislazione si innesta su strutture socio-economiche che le preesistono, condizionandone il contenuto e fornendone una chiave di lettura, sembra opportuno partire dallo studio del patrimonio netto nella sua configurazione giuridica e tecnica. Si tratta di comprendere quali siano le variazioni di valore cui il patrimonio netto può

essere soggetto in relazione agli apporti dei soci, all'attività d'impresa e alle connesse scelte di gestione. Ciò per determinare il contenuto reddituale di tali variazioni e quindi il perché di un determinato sistema impositivo.

Non si tratta di partire dai profili civilistici per poi passare alle c.d. "implicazioni fiscali". Infatti, diritto tributario e diritto civile, anche quando esaminano gli stessi fenomeni, si pongono da punti di vista diversi; pertanto, occorre impostare correttamente il rapporto tra diritto tributario e diritto civile.

La legislazione sostanziale tributaria, infatti, in generale utilizza concetti giuridici di altri settori del diritto per specificare grandezze a rilevanza patrimoniale ed è perciò necessario premettere in quale misura le norme tributarie sono influenzate da altri campi del diritto.

L'argomento richiama gli studi in materia di interpretazione delle norme tributarie.

La dottrina prevalente, riferendosi ad una delle direttive fondamentali dell'interpretazione, ossia la presunzione di coerenza e unitarietà dell'ordinamento giuridico, ritiene che debba presumersi l'uniformità dei significati dei termini ricorrenti nella norma tributaria e in quella non tributaria. Tuttavia, come evidenzia Falsitta, il riscontro di elementi impliciti o espliciti nella norma tributaria che inducano a rilevare una diversa qualificazione giuridica della fattispecie, rispetto a quella ricorrente, implica la necessità di derogare al principio anzidetto. Ciò non vuol dire che il legislatore tributario sia libero di discostarsi dalla qualificazione oggettiva prestabilita negli altri rami del diritto. La deroga è illegittima se non supportata da motivazioni convincenti¹. Si deve evidenziare contro questo orientamento prevalente il pensiero di E. Vanoni², il quale, esasperando la teoria dell'autonomia del diritto tributario, ha sostenuto che quando in una norma tributaria è usato un termine tecnico, esso non designa tanto un determinato istituto giuridico, ma il fenomeno economico correlato a quel termine giuridico. Quindi, ad esempio, se il presupposto del tributo è la vendita: "il diritto tributario nella vendita guarda essenzialmente allo scambio di ricchezza: ed il tributo sarà dovuto ogni volta che un tal scambio si presenti, anche se per caso il rapporto messo in essere non rientri entro i confini dell'istituto della vendita di diritto privato". Si tratta di una visione che si ricollega alla teoria dell'autonomia del diritto tributario e, più

¹ Falsitta G., Manuale di diritto tributario – Parte generale, Padova 2008.

² Vanoni E., Natura e interpretazione delle leggi tributarie, in Opere giuridiche, Milano, 1961, vol. I, pag. 142.

specificamente, alla teoria della “interpretazione funzionale” delle norme tributarie - proposta dalla “ scuola di Pavia ”³ - tesa a dare maggiore risalto alla ratio della norma tributaria ed alla natura economica dei fenomeni regolati rispetto all’interpretazione formale della legge.

In effetti, come osserva Lupi, sebbene l’attuale sistema tributario, ruotando intorno alla metodica dell’autodeterminazione dei tributi, presenti una forte connotazione economico-contabile⁴, esigenze di semplicità applicativa, cautela, favore fiscale, certezza, etc.⁵ sono elementi di interpretazione che possono far passare in secondo piano l’interpretazione economicamente o contabilmente piu’ corretta. Conoscere i riflessi economico-contabili della fiscalità specialistica è condizione necessaria, ma non sufficiente, perché si tratta pur sempre di problemi prettamente giuridici. D’altra parte l’uso di termini mutuati da altri settori del diritto pur costituendo un importante punto di riferimento ai fini dell’interpretazione va riletto alla luce del particolare contesto tributario in cui vengono utilizzati⁶. Non sempre, poi, il diritto tributario modifica il

³ In proposito Griziotti, Il teorema della prevalenza della natura economica degli atti oggetto dell'imposta di registro, in Riv. dir. fin., 1941, II, 28

⁴ Si pensi alla tassazione al netto dei costi, ai principi di simmetria, continuità e discontinuità dei valori tra fornitore e cliente, alla neutralità del prelievo rispetto alle forme giuridiche in cui viene canalizzata la ricchezza (come impresa individuale o società), al coordinamento tra la tassazione dei soci e quella della società, alla fiscalità delle operazioni di ristrutturazione aziendale e a quella internazionale, al sistema dei conferimenti in società. Sono aspetti di una piu’ generale tendenza, immanente ai sistemi di imposizione moderni, ad individuare i flussi economici che, tra costi per un soggetto e ricavi per un altro, accompagnano il reddito fino al suo destinatario finale, o i flussi commerciali fino al momento del consumo. Cfr Lupi R. Diritto tributario – Parte generale, Milano 2005

⁵ Anche Lupi osserva che la discrezionalità politica del legislatore non è immune da censure, e le modalità con cui tutti i profili suddetti sono stati temperati sono soggette ad una valutazione di costituzionalità. Il bilanciamento di esigenze di gettito, di politica economica e sociale, di semplicità negli adempimenti, di praticabilità dei controlli (cort.cost. sentenza 262/1983) di cautela contro le evasioni etc. può avvenire secondo moltissimi criteri, e soluzioni differenti possono essere tutte egualmente rispettose della costituzione, in quanto nessuna di esse travalica le indicazioni che la Carta fondamentale fornisce al legislatore ordinario. Sebbene le esigenze di semplicità e sicurezza nell'applicazione dei tributi, così spesso menzionate nella giurisprudenza della corte costituzionale, non hanno un riscontro costituzionale espresso, rappresentano, secondo Lupi, comunque esigenze che scaturiscono dalla forza delle cose, dalle necessità di una collettività organizzata, anche se non menzionate in disposizioni costituzionali che comprensibilmente danno rilevanza esplicita a valori politicamente più caratterizzati (come la proprietà, l'istruzione, l'assistenza etc.). In ogni caso l’Autore sottolinea come le motivazioni della Corte Costituzionale lascino spesso a desiderare nella misura in cui si richiamano a un generico “interesse fiscale” o all’ “esigenza di garantire la riscossione dei tributi ”. Cfr Lupi R. Diritto tributario, op. cit.

⁶ Occorre dire che, in generale, secondo i canoni dell’interpretazione, quando il legislatore usa la tecnica del rinvio a espressioni giuridiche coniate in altri settori dell’ordinamento, anche nel caso in cui utilizzi la forma espressa (c.d. specificazione numerica), l’identificazione degli elementi presupposti non è sempre così immediata come potrebbe sembrare: è necessario, infatti, chiarire se l’istituto giuridico presupposto è recepito acriticamente ovvero adattato al contesto in cui è richiamato (Melis G., L’interpretazione nel diritto tributario, Padova, 2003). Indubbiamente, il rinvio con “specificazione numerica” rappresenta un

significato di tali termini: solo qualche volta il contesto tributario in cui sono inserite espressioni civilistiche richiede di attribuire loro un significato parzialmente diverso da quello civilistico; anche in questo caso, comunque, il significato civilistico costituirà uno spunto importante, ma non insuperabile, per la loro interpretazione.

Osserva ancora Lupi⁷, al riguardo, che appare insufficiente un'analisi che parte dai "profili civilistici" per poi arrivare a quelle che vengono definite, riduttivamente, "implicazioni fiscali". Diritto tributario e diritto civile, anche quando esaminano gli stessi fenomeni, si pongono infatti da punti di vista diversi: al diritto tributario interessa una valutazione patrimoniale dei fenomeni, mentre il diritto commerciale disciplina rapporti negoziali, corporate governance e tutela dei terzi. Il diritto tributario sostanziale, anche se si occupa di contratti, società, finanziamenti e persino trusts, resta sempre caratterizzato da un assetto strutturalmente non sinallagmatico.

Anche quando il diritto tributario utilizza termini tecnico giuridici, tratti dal diritto civile e commerciale, essi operano all'interno di un sistema molto diverso da quello basato sul consenso, le proposte e le accettazioni, la ricerca di negoziazioni e transazioni che caratterizza il diritto civile. Nel settore tributario i termini del diritto civile regrediscono a fattispecie, concorrendo a determinare l'esistenza e la misura di un evento economicamente rilevante. Al più il diritto civile può aiutare nello stabilire, guardando al contenuto dei diritti delle parti, la rilevanza patrimoniale di determinati fenomeni.

I concetti civilistici concorrono, quindi, a definire una fattispecie cui è collegata una obbligazione ex lege, inserendosi in un contesto caratterizzato dalla funzione di stabilire se, ed in quale misura, è venuta in essere una grandezza economicamente rilevante ai fini della partecipazione alle pubbliche spese.

Gli interrogativi possono essere riportati in ultima analisi alle questioni che seguono: si sia oggettivamente verificato un arricchimento rispetto alla situazione precedente ovvero, se esigenze di organicità dello specifico sistema impositivo rendano

caso di rinvio non ricettizio o formale, per cui il legislatore richiama una disciplina per il tramite della sua fonte produttiva, di modo che la norma oggetto di rinvio risulta inserita e assorbita nella norma rinviante. Quando il rinvio è implicito, lo stesso nomen iuris utilizzato nell'enunciato legislativo rinviante e nell'enunciato legislativo che si presume oggetto del rinvio può assumere significati divergenti (e allora si parla di omonimia) oppure i significati possono convergere. In quest'ultimo caso sorge il problema se il rinvio sia "in senso proprio" (ossia non ricettizio o formale) oppure sia "per presupposizione", nel qual caso l'istituto giuridico associato al nomen iuris utilizzato dal legislatore è richiamato come un dato di fatto, mero presupposto al quale la legge ricollega conseguenze ulteriori in un settore dell'ordinamento diverso da quello di appartenenza. La disciplina che regola l'istituto giuridico richiamato, pertanto, nel primo caso viene a far parte del sistema normativo che detta il rinvio, nel secondo caso resta esclusa.

⁷ Lupi R., Stevanato D., *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, Milano 2002

concettualmente necessaria una tassazione, anche di fronte a fenomeni che in se stessi non esprimono nuova ricchezza.

Questa lettura deve però naturalmente avvenire nei limiti consentiti all'interprete, che deve astenersi dal riscrivere le regole in nome dei pretesi obiettivi economici che si sarebbe posto il legislatore tributario.

Invero, nell'ambito che qui più interessa, quello della disciplina del reddito d'impresa, non è così raro che i termini utilizzati finiscano per assumere un significato parzialmente diverso da quello assunto in campo civilistico e, specie, nell'ambito della disciplina del bilancio d'esercizio⁸.

Questa parziale diversità è stata posta in luce già in tempi molto remoti, a partire dalla riforma fiscale degli anni '70⁹, ed è stata giustificata dalle prevalenti necessità di

⁸ Osserva Bosello F., La formulazione della norma tributaria e le categorie giuridiche civilistiche, in Diritto e pratica tributaria 1981, I, p. 1434-1446, che la tecnica adoperata dal legislatore tributario potrebbe apparire irrazionale laddove faccia riferimento ad una determinata categoria giuridica (ad es. civilistica) per poi elaborarne una nuova e autonoma, di cui restano da verificare i punti di contatto con quella originaria. Si perderebbero in tal modo i vantaggi che giustificano e a volte impongono il riferimento a concetti civilistici da parte della norma tributaria.

⁹ Degna di nota è la disputa tra Falsitta e Colombo sul rapporto tra diritto tributario e diritto commerciale nella disciplina del reddito d'impresa, risalente agli inizi degli anni '80. Colombo criticava fortemente la posizione che Falsitta aveva espresso circa il suddetto rapporto. L'illustre Autore riteneva che non ci fosse divergenza tra disciplina civilistica e disciplina tributaria del reddito di impresa e che, anzi, addirittura la normativa tributaria potesse integrare quella civilistica, carente, a parere dello stesso Autore, quanto a definizione del contenuto del bilancio. Di conseguenza nessun inquinamento fiscale avrebbe mai potuto verificarsi per effetto di detta integrazione, salvo comunque evidenziare l'inopportunità, del riferimento a quelle norme, alquanto infrequenti a parere dell'Autore, che fossero state giustificate da esigenze proprie del fisco quali rendere semplice e spedito il prelievo, anticipare la riscossione del tributo rispetto al momento di effettivo conseguimento dell'utile, evitare elusioni e frodi, semplificare il calcolo dei componenti negativi di reddito di carattere stimato, ecc. Colombo riteneva inaccettabile tale contaminazione e respingeva fermamente l'ipotesi che ci potesse essere una identità di finalità tra normativa civilistica e normativa fiscale nella determinazione del reddito di impresa. Egli, pur non contestando il principio sacrosanto dell'unitarietà dell'ordinamento, metteva in evidenza le diversità (per nulla incompatibili con l'anzidetto principio) esistenti nella disciplina della stessa fattispecie. Interessanti appaiono i richiami dell'Autore al differente significato che possono assumere i termini ricavi, plusvalenze e sopravvenienze in ambito fiscale ed anche al diverso modo di intendere il principio di competenza, nonché all'inquinamento fiscale provocato dalle leggi fiscali di rivalutazione che impongono di iscrivere fondi nel passivo dello stato patrimoniale e dalle norme proprie del TUIR (che all'epoca era il d.P.R. 597 del 1973) che subordinano la tassazione rateizzata di plusvalenze e sopravvenienze all'iscrizione di un fondo nel passivo. Cfr Falsitta G., Convergenze e divergenze tra diritto tributario e diritto commerciale nella disciplina del bilancio di esercizio, in Giurisprudenza commerciale, 1980 fasc. 2, pp. 193 – 221; Colombo G.E., Disciplina del bilancio e norme tributarie: integrazione, autonomia o inquinamento?, in Rivista delle società, 1980 fasc. 6, pp. 1171 – 1195. Invero, come ha osservato Gabarino C., La tassazione delle operazioni sul capitale e sulle poste del patrimonio netto, Milano, 1993, la prevalenza del bilancio civile o fiscale dipende dalle prospettive dell'interprete, ma non esiste, a livello logico, una prevalenza originaria dell'uno o dell'altro documento, trattandosi soltanto di espressioni meri referenti di norme.

semplificazione e certezza del rapporto tributario¹⁰ nella determinazione del reddito d'impresa imponibile. E' vero che, in generale, il conto economico al quale fa riferimento l'art. 83 del TUIR è certamente il documento che, insieme allo stato patrimoniale e alla nota integrativa, costituisce il bilancio d'esercizio ai sensi dell'art. 2423 c.c.. Si tratta, quindi, di un vero e proprio rinvio formale alle regole civilistiche che disciplinano la formazione del bilancio, le quali, in tal modo, verrebbero a far parte del sistema normativo rinviante. Questo sistema è, pertanto costituito, oltre che dalle regole civilistiche, da un insieme di disposizioni specificamente fiscali che fissano criteri talvolta facoltativi, talaltra obbligatori o inderogabili¹¹. In caso di conflitto è lo stesso art. 83 a disporre la prevalenza dei criteri fiscali¹². Ciò non significa che si debba presumere la costanza terminologica del legislatore nella tecnicizzazione dei vocaboli impiegati.

Si deve osservare che questa regola interpretativa sembra aver subito un forte ridimensionamento con riferimento alle norme che regolano il reddito d'impresa prodotto dai soggetti che redigono il bilancio d'esercizio in base ai principi contabili internazionali (IAS/IFRS). Per tali soggetti le modifiche introdotte dalla riforma del 2008 sembrano aver capovolto il rapporto tra normativa tributaria e normativa contabile, in un modo che, forse apparentemente, dà prevalenza ai dettami dei principi contabili rispetto alle ordinarie regole di determinazione del reddito d'impresa valide per tutti gli altri soggetti IRES¹³.

¹⁰ La questione rimanda al problema della natura del reddito d'impresa che deve essere assoggettato ad imposizione. Allo stato attuale gli studiosi affermano trattarsi di reddito "realizzato", diverso da quello risultante dal bilancio che deve invece considerarsi reddito "effettivo". Infatti, il reddito "effettivo" comprende componenti negativi anche solo di natura probabile: elementi il cui peso risulta fortemente attenuato nella determinazione dell'imponibile fiscale. Cfr Falsitta G., *Manuale di diritto tributario, Parte speciale*, Padova 2009. Osserva, inoltre, Lupi R., *Diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2007, che talvolta, il senso di una norma tributaria (soprattutto nell'ambito del reddito di impresa, ma non solo) è più facilmente comprensibile se si fa riferimento alle "simmetrie logiche" della fiscalità analitica, come le corrispondenze costi-ricavi, imponibilità-deducibilità.

¹¹ Invero, se la norma contabile fornisce il parametro sulla base del quale valutare la legittimità del bilancio d'esercizio e la norma tributaria fornisce quello per valutare la legittimità della dichiarazione dei redditi, nel caso in cui una certa situazione di fatto non è contemplata da alcuna norma desumibile dalla disciplina fiscale, non dovendosi effettuare alcun aggiustamento alle risultanze di bilancio, il parametro per valutare la legittimità e del bilancio e della dichiarazione è la norma contabile. Sul punto Zizzo G., in Falsitta G., *Manuale di diritto tributario – Parte speciale*, op. cit.

¹² Falsitta G., *Convergenze e divergenze tra diritto tributario e diritto commerciale nella disciplina del bilancio di esercizio*, op. cit. pag. 198

¹³ Anche in questo caso si può osservare, con Gabarino C., *La tassazione delle operazioni sul capitale e sulle poste del patrimonio netto*, op. cit., che la prevalenza della norma contabile o di quella fiscale dipende essenzialmente dalla prospettiva dell'interprete.

CAPITOLO I

IL REGIME GIURIDICO E FISCALE DELLE POSTE DEL PATRIMONIO NETTO

PREMESSA

In questo capitolo si parla del patrimonio netto e delle sue parti ideali (nella prospettiva della società).

Si individuano le norme fiscali che fanno riferimento alle poste del patrimonio netto (riserve, capitale sociale, versamenti dei soci ed anche fondi del passivo la cui natura li rende assimilabili a poste del patrimonio netto) ed al patrimonio netto in generale, allo scopo di carpire le differenze rispetto alla nozione e al regime giuridico civilistico e al trattamento contabile e di porre in evidenza le peculiarità della disciplina in ambito tributario. Si tratta di capire se esiste un'autonoma nozione fiscale di patrimonio netto ed estrapolare la sussistenza o meno dell'obbligo o dell'opportunità di "tenere memoria" del trattamento fiscale già subito dalle poste del patrimonio.

In questo confronto si individuano le fattispecie suscettibili di generare o meno imposizione in capo alla società e ai soci. In altri termini, sulla base della configurazione giuridica e tecnica del patrimonio netto, si individuano le variazioni di valore cui esso può essere soggetto in relazione agli apporti dei soci, all'attività d'impresa e alle connesse scelte di gestione. Ciò per determinare il contenuto reddituale di tali variazioni e quindi il perché di un determinato sistema impositivo.

Si tratta di mettere a fuoco come si pongono le operazioni sul capitale, sulle riserve e sui fondi rispetto alle più generali specificazioni legislative del concetto di reddito, ripercorrendo, in questa chiave e nei limiti consentiti all'interprete, le modalità con cui il legislatore ha temperato equità, efficienza, semplicità, cautela fiscale ed esigenze di neutralità.

Ci si interroga, quindi, sugli effetti fiscali delle variazioni del patrimonio netto determinate dagli aumenti e dalle riduzioni del capitale sociale, dai versamenti dei soci a titolo di sovrapprezzo, in conto capitale e a coperture di perdite, dagli accumuli di utili, dall'acquisto di azioni proprie, dalle rivalutazioni monetarie ed economiche dei

beni d'impresa, dai condoni fiscali, dai contributi in conto capitale. A queste si devono aggiungere le variazioni dovute a specifiche leggi fiscali che obbligano alla costituzione di riserve, nonché quelle variazioni dovute alla valutazione al fair value delle attività aziendali imposta dai principi contabili internazionali e quelle generate dalle operazioni straordinarie.

In definitiva le questioni che si pongono sono:

- si sia oggettivamente verificato un arricchimento rispetto alla situazione precedente ovvero,
- se esigenze di organicità dello specifico sistema impositivo rendano concettualmente necessaria una tassazione, anche di fronte a fenomeni che in se stessi non esprimono nuova ricchezza.

Al riguardo occorre tener presente che si tratta di un fenomeno che può verificarsi nello stesso diritto commerciale: in effetti, ai fini della redazione del bilancio civilistico, rilevano interrogativi affini a quelli ricorrenti in sede fiscale, cioè se esista un arricchimento, un impoverimento oppure tutto resti come prima.

Tuttavia, è necessario porsi in un'ottica interpretativa che prescinda dall'individuazione di obiettivi economici del legislatore tributario e piuttosto tenere in considerazione il presupposto che il termine civilistico, calato in un contesto tributaristico, ne risente sul piano dell'interpretazione sistematica ma non necessariamente vede stravolto il significato. Si crea così un rapporto dialettico, una interdipendenza tra significato originario del termine e significato che esso assume nel contesto tributario.

Di conseguenza non rilevano i generici concetti di reddito, patrimonio, investimento, ecc., bensì quelli accolti di volta in volta, con tutti i necessari compromessi, all'interno dei sottosistemi impositivi che compongono il diritto tributario sostanziale.

1. QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO E PROBLEMATICHE GENERALI

In ambito tributario la disposizione principale alla quale occorre fare riferimento è l'art. 47 del TUIR che disciplina il trattamento fiscale degli utili e dei proventi assimilati e degli incrementi di valore delle partecipazioni in società ed enti soggetti all'IRES, non detenute in regime d'impresa. Questa disciplina è applicabile anche alle partecipazioni

possedute da imprenditori individuali e da società di persone ed a quelle detenute da società ed enti soggetti all'IRES per espresso rinvio, rispettivamente, degli artt. 59 e 89 del TUIR.

L'art. 47, limitatamente al comma 7 - recesso, esclusione, riscatto, riduzione del capitale esuberante, liquidazione anche concorsuale della società -, si applica anche alle partecipazioni in società personali, ai sensi dell'art. 20 bis.

La comprensione di questa disposizione richiama una molteplicità di altre norme contenute nello stesso TUIR che riguardano aspetti correlati come: la tassazione di utili e plusvalenze (artt. 47 comma 1, 58, 59, 68, 86, 87, 89, 91 del TUIR e l'art. 27 del d.P.R. n. 600 del 1973); la tassazione dei redditi prodotti in forma associata (artt. 5, 8, 17, 20bis); la disciplina dei conferimenti in società (artt. 9, 175, 176); la definizione dei redditi di capitale e dei redditi diversi (artt. 44, 45, 48, 67, 68); la determinazione del valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni (artt. 68, 94, 110).

Le fattispecie suscettibili di generare materia imponibile in capo al socio che l'art. 47 considera sono: la distribuzione di utili (comma 1); recesso, esclusione, riscatto, riduzione del capitale esuberante, liquidazione anche concorsuale delle società ed enti (comma 7), accomunate dalla circostanza della perdita della qualità di socio; riduzione del capitale esuberante che sia stato preventivamente aumentato mediante imputazione di riserve diverse da quelle di cui al comma 5 - ossia riserve che in caso di distribuzione non creano materia imponibile ma riducono il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione - (comma 6) . Quest'ultima ipotesi si distingue dalla stessa prevista dal comma 7 per la permanenza della qualità di socio in capo al percipiente.

Con riferimento alle fattispecie di cui al comma 7, il reddito percepito dal socio a seguito degli eventi ivi previsti può presentare (dal punto di vista delle poste del patrimonio netto utilizzate per la liquidazione della quota) una composizione differenziata, potendo risultare attinto tanto da riserve di capitale quanto da riserve di utili.

Sebbene, la disposizione qualifichi come "utili" le somme o il valore normale dei beni assegnati al socio in eccesso rispetto al prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate, senza distinguere la natura delle riserve utilizzate per il

rimborso, questo differenziale può assumere una diversa qualificazione fiscale proprio in ragione della natura delle riserve utilizzate.

La parte attinta dalle riserve di utili rimanda al problema del regime fiscale della riserva impiegata che può risultare in sospensione d'imposta o aver già subito un prelievo sostitutivo definitivo. Rinvia anche al problema del rapporto tra tassazione in capo alla società e tassazione in capo al socio.

Mentre, la quota prelevata da riserve di capitale richiama la questione della tassabilità di questa tipologia di riserve - dal momento che, in linea di principio, le vicende che le riguardano dovrebbero risultare fiscalmente neutre -, del rapporto tra conferimenti e valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione e il problema della c.d. stratificazione fiscale del patrimonio netto – che attiene alla permanenza del regime tributario di una data riserva nonostante il cambiamento del regime giuridico per imputazione al capitale sociale o ad altre riserve di capitale.

Da osservare, poi, che parte dell'incremento di valore della partecipazione liquidato al socio potrebbe non trovare espressione contabile, come, ad esempio, la quota riferibile a plusvalori latenti o all'avviamento¹⁴.

Occorre poi tener presente che anche la natura del soggetto erogante e di quello percipiente interferiscono con la qualificazione di questo reddito.

Così, nel caso in cui la partecipata sia una società (di persone¹⁵ o di capitali), se il socio è un soggetto che è a sua volta titolare di reddito di impresa (società o imprenditore individuale), le somme o il valore normale dei beni ricevuti a titolo di ripartizione del capitale e delle riserve di capitale per la parte eccedente il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione si qualifica come plusvalenza (di impresa), ai sensi dell'art. 86, comma 5 bis, del TUIR. Quest'ultima plusvalenza è soggetta ad un diverso tipo di imposizione a seconda che abbia o meno i requisiti per l'esenzione e a seconda che il percipiente sia una società o un imprenditore individuale. Se si tratta di una partecipazione esente ai sensi dell'art. 87 del TUIR la tassazione riguarderà il 49,72% della plusvalenza (art. 58, comma 2), nei confronti del socio imprenditore individuale o

¹⁴ A tal proposito può sorgere la questione della deducibilità di quella parte del costo sostenuto dalla società per la liquidazione della quota del socio corrispondente a dette differenze di valore.

¹⁵ Alle plusvalenze connesse alle partecipazioni detenute in una società di persone da parte di un soggetto IRES dovrebbero applicarsi gli art. 86 e 87 del TUIR (vedere art. 87 comma 1). Questi stessi articoli dovrebbero trovare applicazione anche nei confronti degli imprenditori individuali e delle società di persone, considerato il rinvio di cui all'art. 56. Ai fini poi del regime di tassazione, per tali ultimi soggetti si dovrebbe fare riferimento all'art. 58

società di persona, e il 5% (art. 87, comma 6), nei confronti del socio società di capitali. Ovviamente l'imprenditore individuale scontrerà una tassazione pari alla sua aliquota IRPEF, mentre il socio società pagherà un'imposta corrispondente all'aliquota IRES (27,5%), se si tratta di una società di capitali¹⁶.

Questo apparato normativo si applica anche nel caso di distribuzione di riserve di capitale (costituite con sovrapprezzi di emissione delle azioni o quote, con interessi di conguaglio, con versamenti a fondo perduto, con saldi di rivalutazione monetaria esenti) in misura eccedente il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione (art. 86, comma 5 bis, TUIR). La norma è dettata nell'ambito del reddito di impresa, resta perciò il dubbio (positivamente risolto dalla dottrina, almeno nel senso di assoggettamento ad imposizione di detto differenziale, sebbene manchi l'accordo sulla categoria reddituale in cui inquadralo) se la disposizione si applichi alle partecipazioni e titoli assimilati non detenute in regime di impresa.

Nell'ipotesi in cui il socio sia una persona fisica, nei casi di recesso, esclusione, riscatto, riduzione del capitale esuberante, liquidazione anche concorsuale della società, la parte del rimborso che eccede il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate si qualificherebbe interamente (anche per la quota attinta da riserve di capitale) come reddito di capitale (se la partecipata è un soggetto IRES); pertanto, concorrerà all'imponibile nella misura del 49,72% ai sensi dell'art. 47, comma 1, del TUIR, se riferita ad una partecipazione qualificata¹⁷. Però se la partecipata è una società di persone quell'eccedenza finisce per appartenere interamente¹⁸ alla indefinita categoria dei redditi di partecipazione ex art. 20 bis del TUIR, e come tale viene assoggettata ad una imposizione pari all'aliquota IRPEF del socio, a meno che sussistano i requisiti per beneficiare della tassazione separata.

¹⁶ Se il socio è una società di persone allora la plusvalenza, quale componente del reddito d'impresa da questa realizzato, verrà imputata per trasparenza ai soci di quest'ultima.

¹⁷ L'art. 27, comma 1, del d.P.R. n. 600 del 1973, assoggetta a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta nella misura del 12,50% gli utili derivanti dal possesso di partecipazioni non qualificate, ossia partecipazioni che rappresentano una percentuale non superiore al 2% o al 20% dei diritti di voto esercitabili in assemblea ordinaria, ovvero al 5% o al 25% del capitale o del patrimonio a seconda che si tratti, rispettivamente, di titoli negoziati in mercati regolamentati italiani o esteri o di altre partecipazioni. Il comma 1 dell'art. 47 del TUIR non si applica ai casi indicati all'art. 3, comma 3, lett. a) del TUIR, che esclude dalla base imponibile dell'IRPEF i redditi tassati mediante ritenuta alla fonte a titolo d'imposta o imposta sostitutiva.

¹⁸ L'ammontare tuttavia deve essere depurato della quota tratta da riserve formate con utili di esercizi precedenti già tassati per trasparenza in capo al socio.

Per il caso di distribuzione di riserve di capitale al socio persona fisica in misura eccedente il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione non esiste alcuna esplicita disposizione che indichi il regime impositivo di questo differenziale. L'art. 47, comma 5, si limita a specificare che la distribuzione di riserve di capitali da parte di società soggetta all'IRES ha l'effetto di ridurre il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione del socio (sia esso persona fisica, imprenditore individuale o società)¹⁹.

Simmetricamente i versamenti effettuati in conto capitale o a fondo perduto (conferimenti atipici) dal socio imprenditore individuale o società determinano un incremento del costo fiscalmente riconosciuto della sua partecipazione, ai sensi dell'art. 94 comma 6 (che si applica anche alle partecipazioni finanziarie che costituiscono immobilizzazioni, ex art. 101, comma 2). Non si rileva una analoga esplicita simmetria nei confronti del socio non imprenditore.

Un'altra disposizione contenuta nell'art. 47, molto importante, è quella di cui al comma 6 che riguarda il regime fiscale delle azioni o quote gratuite. Si tratta di una disciplina la cui configurazione attuale è il frutto di un travagliato e datato dibattito intorno alla natura delle azioni gratuite e alla relazione tra la loro emissione e il sotteso aumento del capitale sociale realizzato con l'imputazione di riserve di utili. Nella medesima disposizione è anche disciplinata l'ipotesi della riduzione del capitale esuberante cui previamente siano state imputate riserve di utili tassabili: fattispecie che richiama le problematiche della stratificazione fiscale del capitale sociale e del patrimonio netto e della presunzione di distribuzione di utili di cui al comma 1 dello stesso art. 47.

L'imposizione della parte di incremento di valore della partecipazione imputabile all'accumulo di riserve di utili rimanda a un certo numero di questioni che meritano di essere approfondite e che attengono:

- al problema della doppia imposizione e dei correlati criteri di coordinamento della tassazione degli utili in capo alle società e ai soci;
- alla natura dei conferimenti, potendo essi configurare tanto un rapporto partecipativo quanto un semplice investimento di capitale e ciò in relazione alla

¹⁹ Nel caso in cui la distribuzione di riserve di patrimonio netto sia effettuato da società che abbiano optato per il regime di trasparenza di cui agli artt. 115 e 116 del TUIR, non solo la distribuzione di riserve di capitale ma anche la distribuzione di riserve di utili, generati in regime di trasparenza, in quanto già tassati direttamente in capo al socio, ridurrà il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione fino a concorrenza dei redditi imputati per trasparenza (art. 115, comma 12).

visione stessa del fenomeno societario che può intendersi sia come modulo organizzativo dell'impresa collettiva al quale tutti i soci partecipano con la volontà di concorrere alla realizzazione di un obiettivo comune, sia come apparato autonomo fondato su un intreccio di relazioni contrattuali che ne conforma la struttura finanziaria;

- alla natura dei proventi derivanti dai conferimenti, ossia degli utili e delle plusvalenze, che potrebbero considerarsi come proventi spettanti al socio in virtù della partecipazione posseduta oppure come frutti di un investimento;
- al rapporto tra il valore della partecipazione e le variazioni del patrimonio netto.

Analogamente, l'imponibilità dell'eccedenza tratta da riserve di capitale rispetto a quanto conferito rinvia alla questione:

- del rapporto tra conferimenti e valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione;
- della stratificazione fiscale del patrimonio netto, fenomeno quest'ultimo collegato all'imputazione di riserve di utili tassabili al capitale sociale o a riserve di capitale.
- del ruolo della presunzione legale assoluta di prioritaria distribuzione di riserve formate con utili, di cui al 1° comma dell'art. 47 del TUIR, che interferisce con l'autonomia decisionale della società.

Si deve evidenziare che l'art 47 del TUIR, non fornisce un quadro esaustivo della tassazione delle poste di patrimonio netto, limitandosi a stabilire gli effetti fiscali di poche determinate fattispecie come il "recesso, esclusione, riscatto, riduzione del capitale esuberante, liquidazione, anche concorsuale, della società" e la distribuzione di specifiche riserve:

- riserva sovrapprezzo azioni o quote;
- riserva interessi di conguaglio;
- riserva versamenti dei soci a fondo perduto o in conto capitale;

- riserva saldi di rivalutazione monetaria esenti da imposta²⁰;
- riserve e fondi diversi da quelle precedenti (senza altre specificazioni).

Per tali riserve, come già detto sopra, l'art. 47 si limita a disporre la non imponibilità in caso di distribuzione²¹. Solo nel caso in cui siano distribuite somme di capitale eccedenti la quota sottoscritta dal socio, l'art. 86, comma 5 bis, ne sancisce il trattamento tributario come plusvalenza.

La legge fiscale, nell'ambito del TUIR, considera, inoltre, suscettibili di generare materia imponibile altre fattispecie come la ricostituzione di riserve nel bilancio successivamente a operazioni straordinarie e la distribuzione di riserve costituite prima dell'esercizio dell'opzione per la trasparenza fiscale.

Altre leggi, come quelle sulle rivalutazioni dei beni d'impresa, sui condoni tributari e sui riallineanti tra valori civilistici e valori fiscalmente riconosciuti, oltre a prescrivere (in via obbligatoria o facoltativa) l'iscrizione di apposite riserve, individuano anche i possibili utilizzi suscettibili di generare o meno materia imponibile.

Tuttavia, al fine di avere un quadro complessivo dell'imposizione gravante sul patrimonio netto, si deve estendere il campo indagine anche a quelle fattispecie non contemplate dalle norme del TUIR e dalle altre leggi tributarie, alla luce dei principi propri del diritto tributario. Il patrimonio netto è, infatti, una entità suscettibile di subire numerose e differenziate variazioni per effetto delle decisioni di gestione e dei soci. Si tratta, pertanto, di approfondire se e in che termini dette variazioni possano assumere rilevanza tributaria. Un utile punto di partenza può essere, allora, costituito dal bilancio civilistico e dalla sua disciplina, in modo da individuare le possibili componenti del

²⁰ I saldi di rivalutazione monetaria esenti da imposta cui si ritiene la norma faccia riferimento sono quelli di cui alle leggi n. 49 del 1948 e n. 74 del 1952. Infatti, tali leggi consideravano i predetti saldi in parte esenti (fino al limite della rivalutazione del capitale investito - capitale proprio più riserva legale) ed in parte in sospensione di imposta fino al realizzo. Le leggi successive, quali la n. 576 del 1975 e la n. 72 del 1983, avevano invece introdotto una irrilevanza solo temporanea dei saldi in parola, sottoponendoli per intero al regime di sospensione di imposta. Ciò fino alla legge 408 del 1990 (il cui modello è stato seguito anche dalle successive leggi di rivalutazione) che introdusse il regime di rivalutazione a pagamento, mediante versamento di un'imposta sostitutiva come "anticipo" dell'imposizione definitiva dovuta in sede di distribuzione della posta. Si veda sull'argomento più diffusamente il paragrafo 8.1.

²¹ La non imponibilità è solo temporanea comportando la distribuzione di tali riserve di capitale la riduzione del valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione. Così la tassazione è rinviata al momento di una eventuale successiva cessione della partecipazione o della liquidazione della quota.

patrimonio netto, gli utilizzi di cui esse sono suscettibili²² e i connessi effetti di variazione (reale o nominale) del valore del patrimonio netto.

2. IL CONCETTO DI PATRIMONIO SOCIALE

Il termine “patrimonio” non ha una specifica denotazione né in dottrina né in campo legislativo, ed è inoltre un termine ambiguo perché non è facilmente distinguibile da altri termini come “mezzi propri, mezzi di terzi, capitale reale, patrimonio netto”.

Nella scienza aziendale il patrimonio è considerato in rapporto all’attività di impresa ed è definito, economicamente, come l’insieme dei mezzi (beni o utilità) disponibili in un dato momento. Quindi, dal punto di vista dell’impresa, il patrimonio è il complesso degli investimenti, intesi come impieghi di capitale.

Se considerato nella prospettiva del finanziatore è, invece, l’insieme del capitale proprio (capitale sociale e riserve) e del capitale di terzi.

Talvolta si parla di patrimonio lordo per distinguerlo dal patrimonio netto, che invece è il saldo attivo del bilancio dato dalla somma del capitale e delle eventuali riserve. Si tratta comunque di un’espressione che designa una nozione diversa da quella di patrimonio risultante dal bilancio che, invece, è il risultato dei criteri di valutazione applicabili civilisticamente. Le valutazioni ammesse dalle norme sul bilancio (ispirate al criterio di prudenza) riflettono la preoccupazione del legislatore per la corretta rilevazione dell’utile sicuramente realizzato e per la tutela dell’integrità del capitale.

Invero, esiste tra patrimonio sociale, patrimonio netto, capitale sociale e utili un rapporto di complementarità, nel senso che non soltanto l’uno si individua solo in presenza dell’altro, ma lo stesso significato di ciascuno di essi non si presta ad essere colto se non alla luce di quello dell’altro; infatti, gli utili indicano la parte del patrimonio netto che eccede la misura del capitale, e che, in quanto non assoggettata al relativo vincolo, risulta liberamente distribuibile tra i soci; utile (di bilancio) e capitale (nominale) risultano del resto tra loro logicamente contigui, come dimostra il fatto che ogni distribuzione di utili fittizi (che possono formarsi, ad esempio, per

²² Costituiscono forme semplici di utilizzo la distribuzione ai soci, l’imputazione a capitale, la distribuzione ai soci successiva ad imputazione a capitale, l’imputazione ad altre riserve, la copertura di perdite. Queste modalità si possono anche combinare in complesse successioni temporali: ad es. imputazione e successiva riduzione, riduzione del capitale con imputazione a riserva e successiva distribuzione, etc.

sopravvalutazione dell'attivo patrimoniale) si risolve in una restituzione del capitale indebita; analogamente, il patrimonio netto è complementare al capitale sociale (o meglio alla partecipazione al capitale) ed individua la differenza tra il valore dell'attivo e l'ammontare complessivo delle pretese vantate dai creditori sociali, e cioè appunto da coloro che al capitale sociale non partecipano²³.

Inizialmente il patrimonio dell'impresa è costituito dai conferimenti dei soci (di beni, crediti e denaro), i quali, a loro volta, trovano la loro espressione monetaria (e contabile) nel capitale sociale (o capitale nominale), e dagli apporti. Il capitale sociale è successivamente suscettibile di subire variazioni in aumento o in diminuzione che incidono sulla consistenza patrimoniale.

Mentre il patrimonio è concetto economico-empirico, il capitale è concetto giuridico-contabile, ed è un elemento numericamente fisso che può subire variazioni in aumento o diminuzione espressamente disciplinate. Il patrimonio, invece, è suscettibile di auto accrescimento perché è la fonte generatrice del reddito. Contabilmente il capitale sociale viene rappresentato nella colonna del passivo dello stato patrimoniale ma non è una passività. Esso, infatti, non rappresenta un debito verso i soci, i quali hanno in realtà solo un diritto a partecipare alla divisione del residuo netto di liquidazione e non un diritto alla restituzione del capitale. L'iscrizione al passivo è solo un espediente contabile per assicurare ai soci e ai terzi che il valore di tutti i beni dell'attivo sia sempre superiore alle passività di un ammontare minimo pari appunto al capitale sociale²⁴.

Se si concepisce la società (di qualunque tipo) come organizzazione della contitolarità dell'impresa, ossia come forma di esercizio collettivo dell'impresa (e non come tipo di responsabilità), i conferimenti e il patrimonio vengono ad assumere una funzione propriamente di produzione, cioè di elemento propulsivo dell'attività²⁵.

²³ Cfr. Ferri G. Jr, Capitale sociale e società di persone, in Riv. Notariato, 2012, 02, 247.

²⁴ Cfr. Colombo G.E., Il bilancio di esercizio struttura e valutazioni, Torino, 1987.

²⁵ Tantini G., Capitale e patrimonio nelle società per azioni, Padova 1980. L'Autore non nega comunque che nelle società di capitali, che si caratterizzano per la responsabilità limitata dei soci, il capitale e il patrimonio assolvano anche ad una funzione di garanzia dei creditori sociali, ma ciò in via assolutamente secondaria, tant'è che possono essere conferiti anche beni non espropriabili. Inoltre, il capitale minimo richiesto dalla legge per costituire una società di capitali, più che diretto a costituire un fondo minimo di garanzia per i creditori, a fronte della limitazione di responsabilità dei soci, tende a funzionare da strumento di selezione nella scelta dei tipi sociali. La mancanza di correlazione diretta tra obbligo dei conferimenti, capitale minimo e responsabilità dei soci la si verifica anche nelle società di persone, dove, pur sussistendo l'obbligo dei conferimenti (ma non la costituzione di un capitale minimo) e pur applicandosi la disciplina della distribuzione degli utili (in caso di perdite) e di riduzione del capitale propria delle società di capitali, per le obbligazioni sociali rispondono i soci personalmente e illimitatamente con il loro patrimonio; il che conferma che la responsabilità illimitata non dipende dalla

In senso giuridico, dunque, il patrimonio può essere inteso come fondo comune necessario per il funzionamento dell'impresa. Ciò da un punto di vista, per così dire, statico; se, invece, lo si guarda nel suo divenire, il patrimonio, in senso giuridico, può anche interpretarsi come insieme dei rapporti giuridici relativi allo svolgimento dell'attività di impresa, di modo che esso viene a costituire un effetto dell'attività.

I conferimenti, che trovano la loro espressione nel capitale, rappresentano i mezzi propri della società vincolati allo svolgimento dell'impresa. Il patrimonio è invece l'insieme dei mezzi (propri o di terzi, in base alla loro provenienza) di cui è dotata l'impresa in un dato momento.

La disciplina del capitale e del patrimonio appare coerente in tutti i tipi sociali, vigendo gli analoghi principi della distribuibilità dei soli utili effettivamente conseguiti ed il principio di conservazione del patrimonio e dell'esatta rilevazione del capitale. L'unica differenza tra società di capitali e società di persone sta nella non applicabilità della disciplina del capitale esuberante in rapporto alle esigenze dell'impresa nelle società di persone²⁶. Per il resto detta disciplina appare sempre rivolta alla tutela dei mezzi investiti.

Diverso dal concetto di patrimonio è quello di "patrimonio netto": il primo designa entità reali, il secondo è invece una differenza contabile, tra le attività e le passività iscritte nel bilancio di esercizio; il suo valore rispecchia, dunque le stime delle poste attive e passive che derivano dall'applicazione dei criteri contabili civilisticamente ammessi.

Il patrimonio netto, dunque, nella prospettiva economico-contabile può essere inteso come il sistema dei valori attribuito al patrimonio dell'impresa in funzione della corretta determinazione periodica dei risultati di esercizio. E' un valore che si quantifica con riferimento all'intero patrimonio aziendale raffigurato nello stato patrimoniale²⁷.

manca di un patrimonio idoneo alla garanzia dei creditori ma che essa è invece strettamente correlata al potere di amministrazione riconosciuto a ciascun socio che conserva la qualità di imprenditore. Anche il fondamento dell'autonomia patrimoniale delle società di persone non va ricercato nella tutela dei creditori sociali (posto che possono essere conferiti anche beni non idonei alla garanzia e che la società non è soggetta all'obbligo di scioglimento laddove non siano conferiti o conservati beni sufficienti al conseguimento dell'oggetto sociale), ma va riconosciuto come strumento per evitare che la presenza di più contitolari dell'impresa si trasformi in fattore di disgregazione del patrimonio investito.

²⁶ Tale differenza è anche dovuta al fatto che la riduzione del capitale nelle società di persone richiede il consenso unanime, per cui sono improbabili gli abusi che potrebbero verificarsi nelle società di capitali dove la valutazione dell'esuberanza è demandata alla maggioranza (Tantini, op. cit.).

²⁷ Il valore del patrimonio netto può essere di entità diversa in funzione dei criteri di valutazione adottati: ci sono quelli ordinari, ispirati al principio di prudenza, e quelli straordinari, che rispondono ad esigenze

Questo primo elemento consente di fare già alcune considerazioni in merito al quesito sull'esistenza di un patrimonio netto fiscale diverso da quello civilistico. In effetti, le valutazioni dell'attivo e del passivo fiscalmente ammesse, come noto, rispondono a criteri diversi da quelli cui si ispirano le norme civilistiche sul bilancio²⁸. Ciò determina delle differenze tra il risultato di bilancio e l'imponibile fiscale, le quali vanno ad alimentare i c.d. fondi tassati, fondi dedotti e le riserve in sospensione d'imposta. Questi ultimi trovano la loro espressione contabile in fondi del passivo o direttamente nel patrimonio netto²⁹.

A tal riguardo, è ben nota la discussa questione dell'inquinamento fiscale del bilancio che si collega a quella disposizione contenuta nell'art. 109, comma 4, del TUIR, secondo la quale le spese e gli altri componenti negativi non sono ammessi in deduzione se e nella misura in cui non risultano imputati al conto economico relativo all'esercizio di competenza³⁰.

Per quanto riguarda i soggetti che adottano i principi contabili internazionali, è noto che, dopo l'iniziale neutralità degli stessi agli effetti fiscali, introdotta dal dlgs n. 38 del 2005, la legge finanziaria per il 2008 (legge n. 244 del 2007) ha attenuato tale neutralità ed, in forza del principio di derivazione rafforzata, ha dato rilevanza ai criteri di qualificazione, imputazione temporale classificazione adottati dagli IAS/IFRS.

La valenza fiscale di tali principi comporta il riconoscimento in ambito tributario del principio della prevalenza della sostanza economica sulla forma giuridica, sul quale gli IAS/IFRS si fondano.

Tuttavia, come risulta dal decreto attuativo della normativa in parola, n. 48 del 2009, non risulta compromessa l'applicazione delle disposizioni che riguardano la disciplina delle valutazioni (in particolare, ammortamenti e accantonamenti) e di tutte quelle

diverse di valutazione del patrimonio, per esempio, ai fini della cessione dell'azienda, di operazioni straordinarie, della liquidazione, ecc.

²⁸ A norma dell'art. 83 il reddito complessivo assoggettabile a IRES è determinato apportando al risultato del conto economico, relativo all'esercizio chiuso nel periodo d'imposta, le variazioni in aumento e in diminuzione conseguenti all'applicazione dei criteri stabiliti nell'apposita sezione del TUIR dedicata alla determinazione della base imponibile IRES.

²⁹ Si veda il paragrafo 8.

³⁰ Per un breve periodo (dal 2004 al 2007) il problema dell'inquinamento fiscale del bilancio sembrava si fosse risolto con l'introduzione del prospetto delle deduzioni extra-contabili. L'ultima riforma (quella attuata con la legge 24 dicembre 2007, n. 244), ha però eliminato la disciplina delle deduzioni extra-contabili, ed ha, allo stesso tempo, introdotto un principio di più stretta derivazione dell'imponibile fiscale dal risultato del conto economico (anche attraverso l'eliminazione della possibilità di dedurre alcuni costi aventi natura prettamente fiscale, come gli ammortamenti anticipati). Si veda più diffusamente il paragrafo 8.

regole che riflettono interessi di matrice tributaria, come: i limiti quantitativi alla deduzione di determinati componenti negativi o la loro esclusione o la loro ripartizione in più periodi di imposta; l'esenzione o l'esclusione, parziale o totale, di specifici componenti positivi o la loro ripartizione in più periodi di imposta; il criterio di cassa per taluni componenti del reddito imponibile.

Ne deriva che, mentre sotto il profilo della qualificazione e classificazione in bilancio delle operazioni si potrebbero presentare delle differenze nella composizione del patrimonio netto tra i soggetti che adottano i principi contabili internazionali e quelli che adottano i principi contabili nazionali, non è possibile affermare lo stesso con riferimento ai criteri di valutazione delle poste di bilancio³¹.

Le poste che compongono il patrimonio netto si dicono ideali perché esse non rappresentano somme investite in beni specifici. La distinzione tra capitale, riserva legale, riserve statutarie, riserve facoltative, riserva sovrapprezzo azioni, riserva per azioni proprie in portafoglio e riserve di rivalutazione monetaria, richiesta dalla legge, trova giustificazione sia nella diversa origine delle voci del patrimonio netto sia, soprattutto, nella diversa destinazione ad esse assegnata dall'assemblea in sede di

³¹ Le qualificazioni attengono alla “sostanziale” individuazione degli effetti di ciascuna operazione aziendale: in tal senso, un'operazione si qualifica, ad esempio, come vendita piuttosto che come locazione ovvero come finanziamento piuttosto che come conferimento di capitale, e via discorrendo; le “classificazioni”, invece, costituiscono il passo successivo: infatti, una volta individuato il “modello” giuridico-negoziale di riferimento - e una volta chiarito se l'operazione presenti unicamente profili patrimoniali o si manifesti, in tutto o in parte, come fenomeno reddituale - occorre definirne gli specifici effetti che la stessa eventualmente produce sul reddito (e, contestualmente, individuare la specifica appostazione in bilancio dei relativi elementi reddituali e/o patrimoniali). Il fenomeno delle imputazioni temporali è, in genere, strettamente connesso con i due precedenti: è evidente che un'operazione che, rispetto alla rappresentazione contabile di tipo giuridico-formale, sia diversamente qualificata e/o classificata in bilancio, possa altresì generare (e frequentemente genera) una diversa imputazione temporale dei relativi componenti di reddito. Così esplica la circolare n. 7/E del 28 febbraio 2011. Con riferimento alle componenti valutative per le quali restano applicabili le regole dell'IRES che disconoscono la rilevanza delle valutazioni IAS, si tratta, in particolare, di: valutazione degli asset in applicazione del “revaluation model” previsto dallo IAS 16: in tale ipotesi i plusvalori o minusvalori che sono rilevati in bilancio non assumono alcun rilievo fiscale; valutazione con il criterio del fair value degli immobili qualificati dallo IAS 40 come beni d'investimento, con conseguente irrilevanza delle variazioni del fair value; applicazione del metodo dell'impairment test di cui allo IAS 36: in questa ipotesi le perdite di valore rilevate sugli asset di bilancio non assumono rilievo ai fini fiscali.

costituzione o alimentazione della posta e nella diversa disciplina legale a cui ognuna di esse è soggetta. Non sempre, peraltro la differente origine comporta diversa appostazione in bilancio; ad esempio, nella voce capitale sociale confluiscono non solo i conferimenti iniziali e successivi dei soci ma anche le riserve nel caso di aumento gratuito ex art. 2442³². L'origine riveste invece notevole importanza in ambito tributario posto che in caso di riduzione del capitale esuberante deve essere tenuto in considerazione l'eventuale precedente aumento operato con riserve diverse da quelle indicate nel comma 5 dell'art. 47 del TUIR: in tal caso, infatti, emerge materia imponibile, a titolo di utile, in capo al socio. Nel caso l'aumento sia imputabile alle riserve indicate dall'art. 47, comma 5, del TUIR (ossia le riserve costituite con sovrapprezzi di emissione delle azioni o quote, con interessi di congruaggio versati dai sottoscrittori di nuove azioni o quote, con versamenti dei soci a fondo perduto o in conto capitale e con saldi di rivalutazione monetaria esenti da imposta), soltanto la parte che eccede il costo dell'investimento costituisce reddito imponibile per i soci.

E' importante distinguere tra poste del netto e poste che non fanno parte del netto. Le poste del patrimonio netto non rappresentano né debiti, né rischi specifici di insorgenza di debiti, né rettifiche di valori attivi, né stime di rischi di svalutazione di elementi attivi. In altre parole, appartengono al patrimonio netto tutte le poste caratterizzate dal non essere un passivo; nessuna di esse rappresenta un debito della società: il capitale sociale non è un debito della società verso gli azionisti³³ e le riserve non comportano alcun particolare diritto per i soci. Le voci del netto sono iscritte nel passivo per una ragione puramente contabile, ossia il bilanciamento dello stato patrimoniale³⁴; nessuna di esse rappresenta rischi di insorgenza di debiti, rettifica di valori attivi, o rischi di svalutazione di attivi.

Talvolta le poste del passivo nascondono vere e proprie riserve: ciò avviene ogni qualvolta la posta non rappresenta una rettifica dell'attivo ma accoglie accantonamenti

³² A tal riguardo è stato osservato che la sottoposizione di un'aliquota del patrimonio netto al regime di indisponibilità propria del capitale non significa che si possa parlare di apporto patrimoniale a favore della società (Cera M., Il passaggio di riserve a capitale, Milano 1988).

³³ L'iscrizione al passivo del capitale sociale (al suo valore nominale, anche se non interamente versato) si giustifica come strumento contabile per assicurare la conservazione, nel patrimonio sociale, di una massa di beni di valore superiore alle passività nella misura minima del capitale.

³⁴ Colombo G.E., Il bilancio e le operazioni sul capitale, in Giur. Comm, 1984, I, 841

per perdite solo meramente possibili³⁵. In tal caso si è però in presenza di un vero e proprio illecito per contrasto con i principi di chiarezza, verità e precisione del bilancio³⁶.

Le riserve devono essere tenute distinte dai fondi del passivo anche da un punto di vista economico. I fondi sono infatti destinati ad accogliere accantonamenti effettuati in sede di determinazione del reddito di esercizio, mentre le riserve sono costituite quando si decide in ordine alla destinazione del reddito di esercizio evidenziato dal bilancio.

A tal proposito occorre rilevare che l'introduzione nel nostro ordinamento dei principi contabili internazionali, per effetto del dlgs n. 38 del 28 febbraio 2005³⁷, ha rivoluzionato i criteri di formazione del patrimonio netto, considerato che questo deve accogliere non solo le riserve di utili realizzati (come quelli che appunto derivano dal conto economico) ma anche quelle di utili soltanto sperati, come i valori derivanti dalla valutazione al fair value di attività destinate a rimanere stabilmente vincolate all'attività di impresa³⁸.

In tal modo risulta modificata anche la stessa funzione informativa del patrimonio netto: infatti, se è vero che con i nuovi principi contabili internazionali non risulta intaccata la

³⁵ Gli accantonamenti civilisticamente ammessi, che comportano rettifiche delle corrispondenti voci dell'attivo, sono solo quelli per perdite certe o probabili.

³⁶ Colombo G.E., *il bilancio di esercizio: struttura e valutazioni*, Torino 1987.

³⁷ Il Regolamento comunitario n. 1606/2002 concedeva agli Stati membri un'opzione per introdurre – nei rispettivi ordinamenti – specifiche norme che imponessero o consentissero, alle società con titoli negoziati in un mercato regolamentato nonché alle altre società, la redazione del bilancio d'esercizio in base agli IAS/IFRS. Il Legislatore italiano si è avvalso delle facoltà concesse dal citato Regolamento mediante l'articolo 25 della legge n. 306 del 31 ottobre 2003, recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (cd. "Legge comunitaria 2003"). In base a tale disposizione, il Governo era stato delegato ad adottare uno o più decreti legislativi sulla base di principi e criteri direttivi che prevedevano l'obbligo degli IAS/IFRS per la redazione del bilancio d'esercizio, da parte delle società quotate, nonché per la redazione del bilancio d'esercizio e di quello consolidato da parte delle società aventi strumenti finanziari diffusi presso il pubblico (art. 116 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) e da parte delle banche e degli intermediari finanziari sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia. Veniva, inoltre, prevista l'adozione obbligatoria degli IAS/IFRS per la predisposizione del bilancio d'esercizio e consolidato delle imprese assicurative, pur se l'obbligo relativo al bilancio d'esercizio era limitato al solo caso di società quotate non tenute alla redazione del bilancio consolidato. Alle società diverse da quelle menzionate (oltre che da quelle obbligate dal Regolamento n. 1606/2002) il Legislatore ha attribuito la facoltà di redigere il bilancio d'esercizio e quello consolidato secondo i principi IAS/IFRS, prevedendo la sola esclusione delle società rientranti nei parametri dimensionali di cui all'articolo 2435 bis del Codice Civile per la redazione del bilancio in forma abbreviata. Successivamente, le disposizioni della Legge comunitaria sopra citata hanno trovato attuazione con il decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 38, recante – per l'esercizio delle opzioni previste dall'articolo 5 del Regolamento n. 1606/2002.

³⁸ Sul punto si rinvia, per una disamina più articolata delle riserve da fair value, al paragrafo 6.1.

funzione vincolistica del patrimonio netto³⁹, altrettanto vero è che esso non può più essere considerato espressivo della ricchezza investita dai soci nell'impresa sociale.

Nella prospettiva del rapporto tra fonti di finanziamento ed impiego dei mezzi finanziari (investimenti), il patrimonio netto è, infatti, anche indicato come capitale proprio, contrapposto al capitale di terzi. In tal modo passivo e netto vengono a rappresentare fonti di finanziamento dell'attivo patrimoniale.

Invero, tale concezione del patrimonio netto non era, già prima dell'introduzione degli IAS/IFRS, idonea ad illustrarne esaustivamente la natura: l'iscrizione di talune poste del netto non ha origine infatti dalla destinazione da parte dei soci di risorse allo svolgimento dell'attività d'impresa, bensì dall'iscrizione nell'attivo dello stato patrimoniale di valori non realizzati, derivanti dall'attivazione della deroga in ex art. 2423, comma 4, c.c. o dall'utilizzo di criteri alternativi al costo storico per la valutazione di alcune specifiche attività.

In queste circostanze l'imputazione dei maggiori valori rispetto al costo ad una riserva indisponibile è diretta a neutralizzare l'incidenza di tali poste sul saldo rilevante ai fini dell'esercizio dei poteri dispositivi dei soci sul patrimonio sociale e rappresenta un "atto dovuto" dei soci stessi, ai quali è sottratto ogni potere decisionale circa l'utilizzo di tali risorse.

La destinazione a riserva di utili non realizzati è quindi, in questi casi, conseguenza non delle scelte della compagine sociale circa il livello di autofinanziamento della società, ma della natura meramente valutativa dei plusvalori oggetto di imputazione. Trattandosi di utili soltanto sperati, essi non possono essere ripartiti tra i soci, ostando il divieto ex art. 2433, comma 2, c.c., e devono permanere nel patrimonio sociale sino al momento della loro realizzazione.

Le riserve costituite mediante imputazione di plusvalori di natura valutativa possono quindi essere considerate espressive del livello di autofinanziamento della società soltanto dopo che i plusvalori ad esse imputati abbiano trovato definitiva realizzazione

³⁹ L'iscrizione del capitale sociale e delle riserve nel lato passivo dello stato patrimoniale (che dal punto di vista contabile risponde all'esigenza di bilanciamento tra l'ammontare dell'attivo e quello del passivo) assolve la funzione di assoggettare corrispondenti aliquote del patrimonio sociale a vincoli di indisponibilità e di indistribuità, che si atteggiavano diversamente in relazione alle singole poste del netto, alle quali non corrispondevano tuttavia specifici beni ma soltanto un'ideale quota dell'attivo. Giacché il capitale sociale e le riserve sono assolutamente coincidenti sotto il profilo funzionale, in quanto la loro iscrizione al passivo fa sorgere vincoli su corrispondenti aliquote dell'attivo, l'articolazione del netto in poste di diversa natura risponde dunque all'esclusiva finalità di precisare l'intensità di tali vincoli, delimitando la competenza dei diversi organi sociali alla modificazione ed all'eliminazione dei medesimi.

ed i soci abbiano manifestato la volontà di non sottrarli (deliberandone la distribuzione) al patrimonio sociale.

L'adozione dei principi IAS/IFRS per la redazione del bilancio di esercizio, segna il definitivo superamento della concezione secondo cui il patrimonio netto è rappresentativo della ricchezza investita dai soci nell'impresa comune⁴⁰.

L'utilizzo del fair value, in luogo del costo storico, per la valutazione di alcune categorie di attività fa sì, infatti, che la costituzione (obbligatoria) di riserve mediante imputazione di utili non realizzati non sia più limitata alle sole fattispecie previste dagli artt. 2423, comma 4 e 2426 nn. 4) e 8-bis), c.c., ma divenga conseguenza "naturale" dei criteri di valutazione adottati.

La compresenza nel netto di poste espressive delle risorse vincolate dai soci e di poste che corrispondono invece a valori soltanto sperati importa il superamento della ricostruzione secondo cui il passivo dello stato patrimoniale fornisce evidenza delle fonti di finanziamento della società, ovvero dei mezzi di terzi, iscritti tra i debiti, e dei mezzi propri, corrispondenti alle voci del netto. Quest'ultimo, infatti, quando il bilancio è conforme agli IAS/IFRS, rappresenta non soltanto la ricchezza che i soci hanno investito nell'impresa sociale ma anche le risorse che essi potrebbero eventualmente destinarvi in futuro, qualora i valori precedentemente stimati trovino effettiva realizzazione.

La diversa configurazione del netto è del tutto coerente con la teleologia del bilancio redatto secondo i principi contabili internazionali, che è destinato ad assumere valenza esclusivamente informativa (e non organizzativa) ed è diretto, primariamente, a soddisfare le esigenze conoscitive degli investitori nel capitale di rischio: per questi ultimi è rilevante infatti conoscere non soltanto lo stato attuale, ma anche le prospettive future della consistenza patrimoniale della società, sì da poter effettuare scelte di investimento basate su un'analisi di lungo periodo.

⁴⁰ Così si esprime Strampelli G., Le riserve da fair value: profili di disciplina e riflessi sulla configurazione e la natura del patrimonio netto, in Riv. soc. 2006, 2-3, 243. Si deve evidenziare che questa concezione si colloca nella tradizionale dimensione organizzativa del rapporto tra patrimonio netto e attività di impresa, nel senso che il patrimonio netto è visto come insieme delle risorse destinate all'esercizio in comune dell'impresa e non come investimento di valori finalizzato all'ottenimento di un guadagno per l'investitore. Questa diversa visione è dovuta a Ferri G. Jr, Investimento e conferimento, Milano 2001.

In definitiva il patrimonio netto non è un'entità giuridicamente autonoma, nel senso di fattispecie autonomamente disciplinata: esso, invece, si definisce in relazione ad altre fattispecie espressamente disciplinate e cioè il capitale sociale e gli utili. Gli stessi criteri di valutazione del patrimonio sociale (ossia dei beni dell'impresa) sono dettati in funzione della individuazione dell'utile effettivamente realizzato e della tutela dell'integrità del capitale sociale. Tuttavia, è possibile rinvenire una rilevanza giuridica propria del patrimonio netto se lo si considera come forma di finanziamento della società, con proprie regole di funzionamento.

3. IL PATRIMONIO NETTO NELLE SOCIETÀ DI PERSONE

Non esiste una disciplina civilistica espressa del capitale e delle riserve nelle società di persone. Non è prescritto un capitale minimo né sussiste l'obbligo di ridurre il capitale nominale per perdite, né il suo azzeramento comporta lo scioglimento della società; solo l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale obbliga allo scioglimento. Poiché la presenza del capitale non è essenziale, non è necessaria nemmeno la costituzione di una riserva legale. Ciò anche perché sussiste la responsabilità illimitata di almeno uno dei soci per i debiti sociali. Possono essere costituite riserve facoltative e riserve statutarie con il consenso unanime di tutti i soci, se lo statuto non dispone diversamente⁴¹.

Occorre però evidenziare che ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese i conferimenti devono essere determinati (o determinabili), deve cioè essere indicato il complesso dei beni destinato all'attività sociale; come anche è richiesta l'indicazione del loro valore ed il metodo di valutazione, anche se questo rileva unicamente nei rapporti tra i soci ed è rimesso alla loro volontà: nulla vieta che i soci sopravvalutino un determinato apporto e ne sottovalutino invece altri⁴².

In effetti, la formazione di un fondo patrimoniale sociale appare indispensabile non solo per l'esercizio dell'attività ed il perseguimento dell'oggetto sociale ma anche per costituire la garanzia dei creditori sociali. Nelle società di persone, infatti, sussiste pur sempre l'autonomia patrimoniale della società: i creditori sociali non possono aggredire

⁴¹ Si veda al riguardo Weigmann R., Capitale, utili e riserve nelle società di persone, in *Riserve e fondi nel bilancio di esercizio*, Milano 1986.

⁴² Stassano G., *Le società di persone*, Milano 1988

direttamente il patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili (beneficio di escussione).

Sebbene poi il diritto alla partecipazione agli utili e alle perdite non sia necessariamente collegato all'ammontare dei conferimenti, certamente, e per converso, il diritto al rimborso del conferimento in sede di liquidazione della società presuppone che sia determinato e misurato l'oggetto del conferimento.

D'altra parte, anche con riferimento alla prima constatazione occorre tener presente che il diritto agli utili per i soci di società personali nasce con l'approvazione del bilancio, il quale, evidentemente, deve dare evidenza dell'esubero del patrimonio netto disponibile sul capitale sociale. Inoltre, l'art. 2303 c.c. inibisce che si intacchi l'integrità dei conferimenti mediante ripartizione di somme che non corrispondono agli utili effettivamente conseguiti, ed impone ai soci di reintegrare la complessità dei conferimenti stessi, prima di dar luogo a ripartizione di utili, quando si siano verificate delle perdite. Ciò significa che anche nelle società personali un capitale deve essere costituito e non può essere manomesso dai soci con fittizie distribuzioni di utili, o con il rimborso parziale ai soci allorché i creditori vi si oppongono.

Per quanto riguarda l'accantonamento a riserva di utili di esercizio, in astratto, la mancanza di disciplina al riguardo implica che tutti gli utili rilevati nel bilancio approvato debbano essere distribuiti ai soci, e che ogni socio possa pretendere l'integrale distribuzione degli utili di esercizio. In concreto, tuttavia, è impensabile che l'attività sociale sia rivolta unicamente al pieno assorbimento degli utili di esercizio da parte dei soci (anche se nessuna norma lo impedisce) e che manchi completamente una gestione rivolta al futuro, tendente a fronte a eventuali crisi di mercato o a necessità di rinnovamento tecnologico. Resta inteso che, nel silenzio dell'atto costitutivo (o dello statuto) in merito all'accantonamento di utili occorre il consenso di tutti i soci.

In conclusione, nelle società di persone rileva l'ammontare dei conferimenti e non quello del capitale nominale; infatti, il rapporto tra conferimenti e capitale nominale è in questo tipo sociale opposto a quello che si presenta nelle società di capitali: in queste ultime la somma del valore dei conferimenti deve raggiungere l'ammontare del capitale nominale, così come predeterminato dai soci, deve cioè risultare ad esso (non già uguale, ma) almeno pari; in quelle di persone l'ammontare del capitale (nominale) non soltanto coincide necessariamente con il valore complessivo dei conferimenti, ma si

presta ad essere da esso logicamente ricavato: ed è proprio per tale ragione che la legge non richiede, sul piano redazionale e documentale, di specificare, in un'apposita clausola dell'atto costitutivo, l'importo del capitale nominale, risultando in vero a tal fine sufficiente l'indicazione, questa sì espressamente prevista, del valore dei (cioè di tutti i) conferimenti (art. 2295, n. 8, c.c.)⁴³. I soci possono anche non indicare siffatto valore complessivo, nel qual caso esso, e dunque lo stesso capitale, corrisponderà alla somma necessaria a conseguire l'oggetto sociale (art. 2253, comma 2, c.c.).

Le vicende modificative del capitale sociale, inoltre, rilevano anche in questo tipo sociale, perché si tratta di modificazioni del valore del capitale che (invero, in tutti i tipi sociali) si risolvono o in vicenda dei conferimenti - come la riduzione effettiva del capitale che equivale a restituzione dei conferimenti e l'aumento a pagamento del capitale che corrisponde all'obbligo di effettuare conferimenti in misura corrispondente - o in vicenda degli utili - come l'aumento gratuito effettuato a seguito di imputazione di riserve di utili a capitale - o in vicenda dell'attivo - come la riduzione del capitale del perdite che può essere affrontata, in via endogena, imputandovi utili futuri o, in via attuale ed esogena, attraverso versamenti dei soci a fondo perduto.

4. IL CAPITALE SOCIALE E I CONFERIMENTI

Nell'uso normativo il termine capitale è utilizzato in modo promiscuo e polivalente: si parla di capitale nominale, capitale sottoscritto, capitale versato, capitale esistente, capitale autorizzato; con significati specifici ma comunque distinti dal concetto empirico di patrimonio. Talvolta il termine viene usato promiscuamente per indicare sia il capitale nominale (nei casi di aumento e riduzione o quando viene elencato tra le poste del passivo) sia il capitale (patrimonio) netto (nei casi di perdita del capitale, di capitale esistente come limite all'emissione di obbligazioni e con riferimento all'acquisto di azioni di società controllate).

Si è più sopra evidenziata la differenza tra il concetto di patrimonio e il concetto di capitale sociale: tra i vari significati che può assumere particolarmente rilevante è quello di cifra che esprime il valore in denaro dei conferimenti dei soci quale risulta dalla

⁴³ Cfr. Ferri G. Jr, Capitale sociale e società di persone, in Riv. Notariato, 2012, 02, 247.

valutazione compiuta nell'atto costitutivo della società⁴⁴. Il capitale sociale rimane immutato nel corso della vita della società finché, mediante modifica dell'atto costitutivo, se ne decide l'aumento o la riduzione.

Esistono tre diverse teorie⁴⁵ circa la funzione del capitale sociale, tutte elaborate con riferimento alle società di capitali e dirette a risolvere specifiche funzioni applicative della relativa disciplina.

L'evoluzione delle riflessioni sulla funzione del capitale sociale appare contrassegnata da una profonda disomogeneità, e da una discontinuità a tal punto marcata che se, all'origine, si discuteva di quale fosse la funzione del capitale, si è finito addirittura per dubitare se esso sia ancora in grado di svolgere una qualche funzione⁴⁶.

Una prima teoria, fondandosi sui principi generali dell'ordinamento inerenti alla responsabilità patrimoniale, ne evidenzia la funzione di garanzia nei confronti dei creditori sociali e lo definisce come l'insieme dei beni conferibili idonei a realizzare quella garanzia (ossia espropriabili). Ne deriva che i conferimenti possono essere costituiti solo da denaro, crediti in denaro e beni assoggettabili ad esecuzione forzata (c.d. capitale reale). Il patrimonio, invece, accoglie tutti i beni e rapporti, non solo quelli con funzione di garanzia. Quindi, secondo questa teoria, il capitale sociale esprime il valore dei suddetti beni espropriabili.

Essa finisce per riferire, e dunque per circoscrivere, al capitale una funzione in realtà svolta dal patrimonio, riconducibile, cioè, per un verso, all'intero patrimonio della società, e non soltanto a quella sua parte sottoposta alla disciplina del capitale nominale (e cioè appunto al capitale reale), e, per altro verso, a tutti i patrimoni, anche cioè a quelli non destinati a una attività di impresa organizzata in forma societaria.

Una seconda teoria, richiamandosi alla concezione della società come modalità di esercizio collettivo dell'impresa, mette in risalto che i conferimenti non possono essere rappresentati solo da beni espropriabili, richiedendo la funzione produttiva dell'impresa l'apporto di beni materiali e immateriali utili allo svolgimento dell'attività produttiva per la quale è stata costituita la società (c.d. funzione produttivistica del capitale). Il capitale viene quindi a rappresentare l'insieme dei beni di impresa produttivi di reddito

⁴⁴ Campobasso G.F., Diritto commerciale – Diritto delle società, Torino, 2010.

⁴⁵ Le teorie sono riportate in Garbarino C., La tassazione delle operazioni sul capitale e sulle poste del patrimonio netto, Milano 1993

⁴⁶ Lo rileva Ferri G. Jr, Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale, in Riv. notariato 2008, 04, 741.

e solo in via indiretta assume una funzione di garanzia dei terzi. Sarebbe il patrimonio netto eccedente i conferimenti iniziali la vera fonte di garanzia diretta per i creditori sociali. Infatti, i beni conferiti misurano la futura redditività dell'impresa, che verrà poi rilevata come eccedenza del patrimonio netto sul capitale sociale (utili)⁴⁷.

Dunque il capitale indicherebbe la porzione del patrimonio netto vincolata all'attività sociale, di cui i soci non possono disporre per tutta la durata della società.

Muovendo da queste premesse, la dottrina non soltanto ha avuto modo di contestare l'esiguità dei limiti minimi legali di capitale, e più in generale di ricercare ulteriori vincoli alla autonomia dei soci, in ragione dell'esigenza di assicurare la congruenza tra l'ammontare del relativo valore e l'oggetto sociale, vale a dire il tipo di impresa alla quale esso risulta destinato, ma si è mostrata incline ad applicare, beninteso in ipotesi specifiche (in presenza cioè di squilibri finanziari o patrimoniali), la disciplina del capitale nominale a valori che, per quanto anch'essi destinati all'impresa da parte degli stessi soci, e dunque per quanto anch'essi mezzi «propri», siano tuttavia stati apportati a titolo diverso da quelli di conferimento (e si pensi ai c.d. versamenti «spontanei»), se non anche a ricostruire la disciplina della postergazione legale dei finanziamenti dei soci dettata dall'art. 2467 cod. civ. in termini di loro riqualificazione in conferimenti⁴⁸.

Tale prospettiva è, comunque, importante dal punto di vista tributario perché comporta che i beni conferiti vengano automaticamente acquisiti al regime giuridico-fiscale dei beni d'impresa e il capitale assolva anche la funzione di determinazione del reddito tassabile.

Tuttavia, entrambe le teorie tendono a sovrapporre il concetto giuridico-contabile di capitale nominale a quello empirico-dinamico di capitale reale.

In realtà, definire il capitale sociale reale come l'insieme dei mezzi che i soci hanno destinato (stabilmente) all'esercizio dell'impresa, e, rispettivamente, quello nominale come la disciplina cui essi risultano sottoposti, risulta incoerente, sia perché il capitale sociale non regola tutti i mezzi che i soci hanno destinato all'impresa, ma soltanto i

⁴⁷ Si tratta di un'impostazione che coglie nel segno allorché individua nel capitale sociale, purché adeguato, il veicolo per una profittevole attività. Tuttavia, in base al diritto positivo, la possibilità di costituire società per azioni e a responsabilità limitata con un capitale piuttosto ridotto non permette di riconoscere l'esistenza di capitale proprio in grado di realizzare un corretto rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi; sicché non sembra potersi attribuire al capitale sociale una funzione produttivistica. Cft. Bertolotti A., in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*

⁴⁸ Ancora Ferri G. Jr, *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. notariato* 2008, 04, 741..

valori da costoro investiti nella società a titolo di conferimento, quelli, cioè, che gli stessi soci hanno volontariamente assoggettato alla disciplina in parola; sia perchè la competenza a destinare all'esercizio dell'impresa le entità conferite non spetta ai soci, ma agli amministratori, non diversamente, del resto, da quanto accade in ordine a tutti gli altri elementi del patrimonio sociale (a prescindere dal titolo al quale essi sono pervenuti alla società).

Una terza concezione, che si può dire assume il punto di vista del socio, esalta, invece, la funzione rappresentativa del capitale, intendendolo come l'insieme delle entità, attribuite dai soci alla società per l'esercizio dell'attività in comune, che ne quantificano diritti ed obblighi. In tal modo il capitale assume anche una funzione organizzativa, proprio perché funge da base di misurazione di alcune fondamentali posizioni soggettive dei soci, sia di carattere amministrativo (diritto di voto), sia di carattere patrimoniale (diritto agli utili e alla quota di liquidazione).

Partendo dalla concezione contrattualistica della società⁴⁹, questa teoria pone il capitale e il patrimonio su piani logici diversi, rappresentando il primo l'indicatore giuridico-contabile del valore monetario dei beni conferiti, il secondo l'insieme reale dei beni d'impresa. In tal modo il capitale, oltre ad assumere funzione di garanzia e di produttività, misura anche la partecipazione del socio e ne quantifica i diritti e gli obblighi sulla corrispondente porzione di patrimonio netto sociale. Si spiegano così le norme volte a garantire la veritiera determinazione iniziale del capitale sociale iniziale e la sua integrità nel corso della vita sociale.

Secondo Ferri Jr, questa concezione porta a ritenere che il capitale nominale rappresenti il «denominatore» comune (del valore nominale) delle diverse partecipazioni: ciascuna delle quali costituirebbe, parallelamente, l'esito della divisione del capitale sociale. Se tuttavia si considera che una ricostruzione siffatta presuppone, logicamente, che le singole partecipazioni presentino un valore nominale tra loro necessariamente identico, dal momento che altrimenti nessuna divisione risulterebbe possibile, appare evidente

⁴⁹ Riguardo alle parti del contratto, la dottrina prevalente considera come rapporto giuridico contrattuale la relazione esistente tra soci e società. Infatti, il diritto ai conferimenti nei confronti dei singoli soci compete sempre alla società, e non ai singoli consoci; esso forma oggetto di azioni sociali e non individuali. Questo principio è accolto anche per le società di persone in quanto, pur negando ad esse l'ordinamento la personalità giuridica, pur sempre la titolarità dei rapporti sociali va riferita non ai singoli soci ma alla collettività organizzata. Dunque, come sostengono i fautori della teoria contrattualistica della società, nel contratto di società ogni singolo socio assume obblighi e diritti nei confronti della collettività, la quale ne diviene la naturale titolare quando è organizzata dal legislatore in persona giuridica.

non solo che il capitale sociale svolge tale funzione solo in ordine alle società per azioni, le uniche nelle quali l'identità del valore nominale delle partecipazioni costituisce un profilo tipologicamente essenziale, ma che, in realtà, parlando di funzione organizzativa del capitale sociale, si finisce per descrivere non già la funzione del capitale, ma il rapporto tra capitale e singola partecipazione che caratterizza il meccanismo azionario, e dunque, a ben vedere, per descrivere il funzionamento di tale meccanismo.

Esiste, però, una quarta teoria⁵⁰ (approfondita nel III capitolo) che individua nel capitale semplicemente la somma investita nella società, o, meglio, la spesa iniziale sostenuta dal socio in una operazione di investimento che si traduce giuridicamente nell'acquisizione di una partecipazione sociale.

Dal punto di vista normativo, secondo questa teoria, la disciplina del capitale sarebbe una disciplina del valore. Più precisamente bisognerebbe distinguere tra disciplina del patrimonio netto, che riguarda tutti i tipi sociali, e disciplina del capitale minimo, che riguarda solo le società di capitali.

La disciplina del patrimonio netto si articolerebbe in disciplina oggettiva del valore - quello del capitale sociale e degli utili - ed in disciplina soggettiva di quello stesso valore, tesa ad individuarne i destinatari (i soci) e a distinguerli dagli altri finanziatori.

Sotto il profilo oggettivo la disciplina individuerrebbe la parte di patrimonio netto che i soci sono liberi di ripartirsi (gli utili di bilancio), ossia la parte che eccede il capitale sociale, di cui invece si può disporre solo subordinatamente alla mancata opposizione dei creditori sociali. Il che vorrebbe dire che tale ricchezza non è disciplinata come ricchezza della società ma come valore appartenente ai soci.

Sotto il profilo soggettivo la disciplina del patrimonio netto sarebbe diretta a distinguere i finanziatori tra coloro che sono destinatari del patrimonio netto da coloro che non lo sono. Così solo il socio, ossia il titolare di una partecipazione al capitale sociale, si potrebbe considerare come colui che ha diritto a pretendere tutto il valore del patrimonio che eccede l'ammontare dei debiti. Diritto che sarebbe, invece, da escludere in capo ai titolari di strumenti finanziari rappresentativi, sotto il profilo sostanziale, di capitale di rischio, perché non attribuiscono la qualità formale di socio.

⁵⁰ Ferri G. Jr, Investimento e conferimento, Milano, 2001.

A questo fine sarebbe sufficiente la partecipazione al capitale (nominale) in quanto tale, non anche quella che potrebbe chiamarsi impropriamente partecipazione alla sua formazione effettiva, alla formazione cioè del capitale reale, attraverso appunto i conferimenti: una precisazione, questa, che viene fatta esclusivamente in ordine alle società di capitali, e solo a seguito dell'introduzione, in occasione della riforma organica, della possibilità di assegnare ai soci le relative partecipazioni in misura non proporzionale rispetto al valore dei corrispondenti conferimenti (artt. 2346, comma 4, e 2468, comma 2, c.c.). Al contrario, rispetto alle società di persone, la distinzione tra partecipazione al capitale sociale e, rispettivamente, alla sua formazione, non solo non è prevista dal diritto positivo, ma risulterebbe contraddittoria con la circostanza che il capitale sociale non assume il valore di oggetto di autonome vicende, che hanno in realtà esclusivo riguardo ai conferimenti e al loro valore.

Infine, sempre sotto il profilo soggettivo, se si considera che il patrimonio netto indica la parte del valore dell'attivo che eccede il passivo reale, e dunque l'importo globale dei debiti della società, e cioè dei diritti di credito di cui risultano titolari coloro che, non partecipando al capitale nominale, non assumono la veste di soci, ma quella di creditori sociali, sembrerebbe chiaro che è sempre al capitale nominale che deve farsi riferimento, sebbene in termini logicamente negativi (avendo cioè riguardo alla mancata partecipazione allo stesso), al fine di determinare il passivo reale, e dunque, per sottrazione, lo stesso valore del patrimonio netto: al fine cioè di delimitare la fattispecie, vale a dire l'ambito di operatività, di tutte le regole che compongono il relativo sistema.⁵¹

Invero, tutte queste teorie altro non sono che diverse prospettive dello stesso fenomeno, ed, in definitiva, il capitale può essere considerato come espressione sia dei beni di primo grado (il patrimonio), sia dei beni di secondo grado (le azioni o quote)⁵², oppure, semplicemente, un valore.

⁵¹ Ferri G. Jr, Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale, in Riv. notariato 2008, 04, 741.

⁵² E' stato osservato che il dibattito sulla funzione del capitale sociale non è il punto centrale della dialettica che lo investe. Sullo sfondo vi è la discussione sull'opportunità della sua stessa persistenza, considerando sia l'irrisorietà degli importi minimi, sia la concorrenza, in ambito europeo, tra gli ordinamenti per offrire un prodotto società di capitali competitivo, sia l'esistenza di ordinamenti dove l'istituto è estraneo. Cfr Bertolotti A., in Il nuovo diritto societario, op. cit. Una breccia normativa nella tutela dell'effettività del capitale sociale sembra essersi aperta col dlgs 4 agosto 2008, n. 142, di

I conferimenti dei soci sono strettamente legati alla formazione del patrimonio iniziale e del capitale sociale. Essi presentano, pertanto, le stesse problematiche interpretative viste a proposito del capitale sociale e che verranno approfondite nel cap. III.

In prima approssimazione si rileva che il conferimento può essere considerato o come il “corrispettivo” della partecipazione sociale, oppure come atto di destinazione di beni all’attività di impresa, o, infine, come forma di investimento del valore.

Sotto il secondo profilo (che si potrebbe definire organizzativo), i conferimenti costituiscono i contributi alla creazione del capitale di rischio iniziale per lo svolgimento dell’attività di impresa ed il loro valore esprime la cifra del capitale sociale nominale, che, si è visto, misura sia il capitale reale (ossia la frazione del netto indisponibile per i soci) sia i diritti fondamentali del socio.

Sebbene, ai sensi dell’art. 2247 c.c., oggetto di conferimento possano essere tutti i beni e i servizi, trasferiti in proprietà o concessi in semplice godimento, e, in generale, qualunque entità suscettibile di valutazione economica utile all’esercizio in comune dell’attività d’impresa, la disciplina specifica dei tipi sociali detta poi regole speciali che limitano di fatto le entità conferibili. In effetti, solo nelle società di persone, e, dopo la riforma del 2003, nelle società a responsabilità limitata, trova piena applicazione l’art. 2247 sopra richiamato. Nelle società per azioni (e nelle cooperative per azioni) incontra invece significative limitazioni in quanto espressamente è vietato il conferimento di prestazioni d’opera o di servizi (art. 2342, comma 5). Ciò perché la difficoltà di fornire una valutazione oggettiva ed attendibile di tali prestazioni mal si concilia con l’esigenza

ricepimento della direttiva 2006/68/CE: infatti, fino al 2008 la disciplina è comunque sempre ruotata intorno alla necessaria presenza di una relazione di stima redatta da un esperto di nomina giudiziale, attestante il valore del bene o del credito conferito; col il decreto legislativo anzidetto è stato introdotto l’art. 2343 ter, nel quale viene esclusa, al 1° comma, la necessità della relazione di stima in presenza di conferimenti di valori mobiliari ovvero strumenti del mercato monetario quando la loro valorizzazione ai fini della determinazione del capitale sociale e dell’eventuale sovrapprezzo sia pari o inferiore al prezzo medio ponderato al quale sono stati negoziati su uno più mercati regolamentati nei sei mesi precedenti il conferimento. Al 2° comma è consentita l’omissione della relazione di stima per i conferimenti di beni in natura o crediti diversi di quelli di cui al comma 1, purchè il valore loro attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell’eventuale sovrapprezzo corrisponda, alternativamente:

a) al fair value iscritto nel bilancio dell’esercizio precedente quello nel quale è effettuato il conferimento a condizione che il bilancio sia sottoposto a revisione legale e la relazione del revisore non esprima rilievi in ordine alla valutazione dei beni oggetto del conferimento, ovvero; b) al valore risultante da una valutazione riferita ad una data precedente di non oltre sei mesi il conferimento e conforme ai principi e criteri generalmente riconosciuti per la valutazione dei beni oggetto del conferimento, a condizione che essa provenga da un esperto indipendente da chi effettua il conferimento, dalla società e dai soci che esercitano individualmente o congiuntamente il controllo sul soggetto conferente o sulla società medesima, dotato di adeguata e comprovata professionalità. (La disposizione è stata modificata dal Dlgs del 29 novembre 2010 n. 224, Art. 1)

di garantire che i conferimenti promessi dai soci vengano effettivamente acquisiti dalla società e che il valore ad essi assegnato sia veritiero, ossia non inferiore all'ammontare del capitale sociale.

Si tratta quindi di una limitazione che viene spiegata nell'ottica dell'esigenza di assicurare l'effettività del capitale sociale a tutela sia dei soci, sia dei terzi. In questo tipo sociale, in effetti, il capitale della società è l'unica garanzia per i creditori e i diritti e gli obblighi degli azionisti sono strettamente connessi all'ammontare di capitale sottoscritto.

Nelle società di persone, invece, anche i soci rispondono dei debiti sociali, con tutto il loro patrimonio. I diritti amministrativi non dipendono dall'ammontare conferito ma sono proporzionali alla parte attribuita a ciascuno nella partecipazione agli utili, quando non è prevista la maggioranza per teste o l'unanimità. Tutti i soci hanno il diritto di partecipare agli utili ma non esiste un vincolo di determinazione dell'ammontare spettante: ove i conferimenti siano stati effettuati e valutati, la partecipazione agli utili (e alle perdite) si presume proporzionale ai conferimenti; ma se il valore dei conferimenti non è stato determinato, la parte spettanti si presumono uguali. Anche per il socio d'opera la parte spettante è svincolata dal conferimento, essendo determinabile dal giudice secondo equità ove il contratto sociale nulla abbia stabilito in merito. Infine la determinazione della partecipazione agli utili e alle perdite può essere anche demandata ad un terzo arbitratore.

Tuttavia, come visto nel paragrafo precedente, gli utili, anche in questo tipo sociale, continuano ad indicare l'eccedenza del patrimonio netto sul capitale nominale; potendo però quest'ultimo risultare pari a zero finiranno, ma solo in concreto, per coincidere con lo stesso patrimonio netto, il quale risulterà integralmente distribuibile in forma appunto di utile.

Un capitale nominale pari a zero non impedisce, d'altra parte, comunque di (continuare ad) individuare in quest'ultimo il referente della partecipazione dei soci, dal momento che, sul piano formale e funzionale della disciplina, la partecipazione sociale risulta di per sé diretta ad indicare la misura dei rapporti reciproci tra i soci: proprio per tale ragione, essa si presta ad essere compiutamente espressa in termini proporzionali e frazionari, risultando in vero del tutto indifferente, e per ciò solo irrilevante, non

soltanto l'entità «assoluta» dell'«intero» al quale la frazione si riferisce, ma anche, a ben vedere, la stessa individuazione di un intero siffatto⁵³.

Per quanto riguarda le società di capitali, non formano, invece, il capitale sociale gli apporti diversi dai conferimenti, che comportano per l'apportante l'acquisto non di una partecipazione ma di uno strumento finanziario partecipativo ex art. 2346 c.c. e per la società risorse finanziarie la cui rappresentazione contabile muta in ragione del contenuto economico e giuridico dello strumento da essa emesso.

Lo stesso è a dirsi dei versamenti in conto capitale e di quelli a fondo perduto⁵⁴.

Secondo i principi contabili internazionali⁵⁵, in applicazione del principio di prevalenza della sostanza economica sulla forma giuridica, uno strumento finanziario è classificato in bilancio in ragione del suo contenuto sostanziale. Per cui, sebbene alcuni strumenti assumano la forma legale di capitale, in ragione della sostanza di passività non possono classificarsi come patrimonio netto⁵⁶. Ad esempio, un elemento come un'azione non deve essere classificato come posta del patrimonio netto solo perché la forma giuridica dello strumento lo fa considerare una quota del capitale sociale: si devono, invece, valutare i rischi e i benefici collegati a quello strumento, le sue caratteristiche qualitative (diritto al rimborso, mancanza di discrezionalità nell'evitare i pagamenti connessi al possesso dello strumento) e verificare se effettivamente la sostanza è quella di quota di capitale oppure di passività⁵⁷. In sintesi, secondo i principi contabili internazionali, gli strumenti finanziari possono essere distinti in strumenti rappresentativi di patrimonio, passività finanziarie e strumenti ibridi.

5. I FONDI DEL PASSIVO E LA FORMAZIONE DI RISERVE DI UTILI IMPLICITI

⁵³ Cfr. Ferri G. Jr, Capitale sociale e società di persone, in Riv. Notariato, 2012, 02, 247.

⁵⁴ Si veda sull'argomento il paragrafo 6.1.

⁵⁵ Cfr Framework.

⁵⁶ Il Framework distingue le voci del bilancio in base a tre possibili classificazioni: attività, passività e patrimonio netto.

⁵⁷ Nel contesto dello IAS 32 il concetto di sostanza risponde alle seguenti domande: esiste un obbligo legale o contrattuale alla consegna di disponibilità liquide? Il management ha la possibilità di evitare il pagamento? Se l'obbligazione non viene onorata, ci sono elementi sostanziali che possono far emergere la natura di debito (ad esempio interessi elevati oltre a quanto dovuto da contratto)? Le risposte a queste domande consentono di identificare: se lo strumento finanziario è da classificare come componente del patrimonio netto oppure come passività; se si tratta di uno strumento composito.

Dal punto di vista contabile i costi non di competenza dell'esercizio (perché non correlabili a ricavi di esercizio), vengono imputati al patrimonio aziendale come elementi attivi dello stesso: si tratta di fattori della produzione destinati a partecipare allo svolgimento della gestione di esercizi futuri (rimanenze, immobilizzazioni) . Per simmetria i ricavi non di competenza sono contabilmente accantonati in fondi accolti tra le voci passive del patrimonio (risconti passivi). I rischi, quando non sono trasferiti su terze economie con un contratto di assicurazione, devono essere riflessi nel bilancio, mediante accantonamenti di ricavi nei periodi amministrativi che precedono la manifestazione dell'evento dannoso.

Alla classe dei fondi di rischio si aggiunge quella dei fondi per costi futuri volti a riflettere nel bilancio di esercizio costi di futura certa manifestazione, ma determinabili solo come valori stimati. Diversi dai precedenti sono i fondi correlati all'utilizzo di elementi dell'attivo (fondi di ammortamento) o alla svalutazione di elementi dello stesso (fondi svalutazione).

Le passività improprie (diverse da quelle proprie costituite dai debiti) si distinguono dunque in fondi per rischi e oneri futuri ed in poste rettificative dell'attivo. Sono poste rettificative dell'attivo i fondi di ammortamento e i fondi di svalutazione di elementi dell'attivo (crediti, partecipazioni, magazzino), i quali si deducono direttamente dai valori di cui costituiscono rettifica. I fondi di svalutazione si distinguono da quelli di ammortamento perché i valori dell'attivo che sono destinati a rettificare non possono essere ripartiti in più esercizi, come nel processo di ammortamento, ma gravano totalmente sull'esercizio in cui si istituisce il fondo. Inoltre, in genere, la posta rettificativa esprime una svalutazione ragionevolmente certa della correlata posta attiva, mentre il fondo svalutazione stima una svalutazione probabile; da qui la difficoltà a distinguere questi fondi dalle poste rettificative in senso stretto ed anche dalle riserve: l'incertezza, in quest'ultimo caso, sta nella difficoltà di determinare in concreto quando una svalutazione è probabile e quando meramente possibile⁵⁸.

⁵⁸ Va da sé che in questo caso si tende a comprimere l'utile "realmente conseguito". Si parla anche di riserve occulte "lecite", create appunto mediante sottovalutazioni dell'attivo, per distinguerle da quelle illecite costituite mediante creazioni di passività inesistenti od occultamento di attività. Sul punto Rossi G., *Utile di bilancio riserve e dividendo*, Milano 1957. L'Autore ritiene che le riserve occulte del primo tipo rispondano a necessità di autofinanziamento dell'impresa e non contrastino col principio di verità del bilancio, non esistendo alcuna verità assoluta del bilancio. I criteri di valutazione sono infatti strettamente congiunti al fine per il quale il bilancio viene redatto, per cui i valori veri sono in definitiva tanti quanti sono gli scopi che con la loro determinazione si vogliono raggiungere. Le riserve occulte del secondo tipo

Le passività che danno luogo ad accantonamenti a fondi per rischi ed oneri sono di due tipi⁵⁹:

- a) accantonamenti per passività certe, il cui ammontare o la cui data di estinzione sono indeterminati. Si tratta in sostanza di fondi oneri, ossia di costi, spese e perdite di competenza dell'esercizio in corso per obbligazioni già assunte alla data di bilancio od altri eventi già verificatisi (maturati) alla stessa data ma non ancora definiti esattamente nell'ammontare o nella data di estinzione. Si tratta, quindi, di obbligazioni che maturano con il passare del tempo o che sorgono con il verificarsi di un evento specifico dell'esercizio in corso, ovvero di perdite che si riferiscono ad un evento specifico verificatosi nell'esercizio in corso, le quali non sono ancora definite esattamente nell'ammontare ma che comportano un procedimento ragionieristico di stima⁶⁰;
- b) accantonamenti per passività la cui esistenza è solo probabile; si tratta delle cosiddette “passività potenziali” o fondi rischi. In particolare, per “potenzialità” si intendono una situazione, una condizione od una fattispecie esistenti alla data del bilancio, caratterizzate da uno stato d'incertezza, le quali, al verificarsi o meno di uno o più eventi futuri, potranno concretizzarsi per l'impresa in una perdita od in un utile, confermando il sorgere di una passività o la perdita parziale o totale di un'attività (ad esempio, una causa passiva, l'inosservanza di una clausola contrattuale o di una norma di legge, una minaccia d'espropriazione, rischi non assicurati, ecc.), ovvero

contrastano invece anche col principio di precisione e chiarezza del bilancio. Si tratta di limiti “interni” alla costituzione di riserve occulte. Questi si distinguono da quelli c.d. “esterni” che possono intervenire di volta in volta a rendere la riserva occulta illecita, perché contrastante con precise disposizioni statutarie o derivante da manovre della maggioranza ai danni della minoranza (conflitto di interessi). Dal punto di vista fiscale, certamente i criteri minimi di valutazione dettati dalla legge fiscale costituiscono un limite (esterno) alla costituzione di riserve occulte mediante sottovalutazioni (operate, ad esempio, mediante esposizione dei cespiti patrimoniali per valori inferiori ai minimi ammessi fiscalmente, oppure svalutazioni prudenziali dei crediti, quote di ammortamento superiori a quelle fiscalmente ammesse), le quali sono pertanto assoggettate al potere di disconoscimento del fisco, ma ciò non vuol dire che siano invalide civilisticamente. In passato, inoltre, le norme fiscali (art. 20 e 22 della legge n. 1 del 1956, l'art. 107 del T.U. n. 645 del 1958, fino ad arrivare all'art. 54, comma 1, lett. c) del TUIR in vigore fino al 27 dicembre 1997) sancivano la rilevanza fiscale delle plusvalenze iscritte, di modo che la tassazione delle riserve occulte veniva rimandata al momento in cui fossero emerse in bilancio (senza attendere il realizzo). Oggi il riconoscimento fiscale delle riserve occulte emerse in bilancio è in genere possibile solo se una specifica disposizione di legge lo prevede e, di solito, subordinatamente al pagamento di una imposta sostitutiva. Altrimenti permane una divaricazione tra valori fiscalmente riconosciuti e valori iscritti in bilancio.

⁵⁹ Così il principio contabile OIC 19.

⁶⁰ Ne sono esempi: Fondo garanzia prodotti; Fondo manutenzione ciclica; Fondo per buoni sconto e concorsi a premio; Fondo manutenzione e ripristino dei beni gratuitamente devolvibili e dei beni di azienda ricevuta in affitto; Fondo per costi per lavori su commessa; Fondo per copertura perdite di società partecipate; Fondo per indennità suppletiva di clientela; Fondi per prepensionamento e ristrutturazioni aziendali.

l'acquisizione di un'attività o la riduzione di una passività (ad esempio una causa attiva, benefici fiscali da perdite a nuovo, ecc.).

Alcuni fondi, nonostante la denominazione, sono passività proprie, ossia debiti, come il fondo trattamento di fine rapporto, perché indica quanto dovuto ai lavoratori a tale titolo alla data di chiusura del bilancio, e il fondo imposte, quando indica l'ammontare delle imposte dovuto all'Erario in connessione ai risultati dell'esercizio. Invero, il fondo per imposte deve accogliere solo le passività per imposte probabili, aventi ammontare o data di sopravvenienza indeterminati; comprende quindi i debiti tributari per accertamenti probabili o contenziosi in corso, che devono essere valutati in base al presumibile esito degli stessi. I debiti tributari certi sono iscritti nella voce "Debiti tributari". Per il principio della competenza, nel bilancio devono essere recepite anche le imposte che, pur essendo di competenza di esercizi futuri sono esigibili con riferimento all'esercizio in corso (imposte anticipate) e quelle che, pur essendo di competenza dell'esercizio, si renderanno esigibili solo in esercizi futuri (imposte differite)⁶¹

⁶¹ La loro contabilizzazione deriva dalle differenze temporanee tra il valore attribuito ad una attività o ad una passività secondo criteri civilistici ed il valore attribuito a quell'attività o a quella passività ai fini fiscali. Si tratta di ricavi e costi o di parte di essi che concorrono a formare il reddito fiscale in un periodo d'imposta diverso da quello nel quale concorrono a formare il risultato civilistico. Le differenze temporanee si distinguono in: differenze temporanee tassabili e differenze temporanee deducibili. Le prime hanno segno positivo in quanto danno luogo ad ammontari imponibili differenti negli esercizi a venire, generando passività per imposte differite, ne sono esempi: i componenti positivi di reddito tassabili in esercizi successivi a quello in cui vengono imputati al conto economico civilistico (come le plusvalenze su beni patrimoniali e strumentali, gli adeguamenti di valore di partecipazioni valutate con il metodo del patrimonio netto e i dividendi rilevati per competenza); i componenti negativi di reddito deducibili fiscalmente in esercizi precedenti a quello in cui verranno imputati al conto economico civilistico. Le differenze temporanee deducibili hanno segno negativo in quanto danno luogo ad ammontari imponibili nell'esercizio in cui si rilevano, generando attività per imposte anticipate, ne sono esempi: i componenti negativi di reddito deducibili ai fini fiscali in esercizi successivi a quello in cui vengono imputati al conto economico civilistico a seguito di norme fiscali che prevedono: *limitazioni per accantonamenti a fondi del passivo e per rettifiche di valore*, come: la svalutazione dei crediti (art. 106, 1° comma T.U. 917/86), i rischi contrattuali su opere, forniture e servizi di durata ultrannuale (art. 93, 2° comma), l'ammortamento dei beni materiali (art. 102, 2° comma), l'ammortamento dei beni immateriali e dell'avviamento (art. 103, 1° e 3° comma), l'ammortamento finanziario dei beni gratuitamente devolvibili (art. 104, 3° comma), i rischi su cambi (art. 110), i lavori ciclici di manutenzione e revisione di navi e aeromobili (art. 107, 1° comma), i costi di ripristino o di sostituzione dei beni gratuitamente devolvibili (art. 107, 2° comma), gli oneri derivanti da operazioni a premio e concorsi a premio (art. 107, 3° comma) e gli altri accantonamenti non previsti da norme tributarie (art. 107, 4° comma); *una deducibilità parzialmente differita*, come ad esempio nel caso delle spese di manutenzione imputate a conto economico, eccedenti il 5% del costo dei beni materiali ammortizzabili (art. 102, 6° comma) e delle spese di rappresentanza (art. 108, 2° comma), o *facoltativamente differita*, come gli adeguamenti, per sopravvenute modificazioni normative e retributive, del fondo di indennità di fine rapporto e dei fondi di previdenza del personale dipendente (art. 105, 2° comma), le spese relative a studi e ricerche (art. 108, 1°

I fondi del passivo, in definitiva, non vengono costituiti con stanziamento di utili lordi dell'esercizio, ma con l'imputazione all'esercizio di costi ed oneri in base al principio della competenza economica.

Come accennato più sopra, tuttavia, talvolta i fondi possono dar luogo a vere e proprie riserve di utili facoltative, come in tutti i casi di accantonamenti in vista di eventi solo meramente possibili (rischi generici, rettifiche meramente formali di poste attive – crediti, titoli, poste in valuta). Analogo discorso può farsi per gli ammortamenti eccedenti l'effettivo deperimento dei beni⁶². In questi casi, in sede di approvazione del bilancio, si dovrebbe procedere ad accertare la natura di quote del netto di tali fondi.

In diritto tributario i fondi del passivo che rettificano elementi dell'attivo devono considerarsi sotto il profilo del diverso significato che in ambito tributario assume il principio di competenza. Quest'ultimo si estrinseca nella imputazione a periodo degli elementi reddituali: si tratta cioè o di individuare il momento in cui un dato componente di reddito rileva ai fini fiscali (competenza in senso stretto o esterna) o di distribuire nel tempo, tra più periodi di imposta, in funzione del principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti le valutazioni patrimoniali connesse ad operazioni con terzi, già avvenute in passato - ammortamenti, rimanenze - o che avverranno in futuro - accantonamenti per rischi e oneri - (c.d. competenza "interna")⁶³. Ciò che accomuna questa distribuzione nel tempo delle valutazioni patrimoniali è l'esistenza di un evento futuro di "realizzo" (la dismissione o la cessione del bene, il verificarsi o meno

comma) e le spese di pubblicità e propaganda (art. 108, 2° comma); o una *rilevazione per cassa*, come le imposte deducibili (art. 99, 1° comma) e i contributi ad associazioni sindacali e di categoria (art. 99, 3° comma); i componenti positivi di reddito tassabili in esercizi precedenti a quelli in cui vengono imputati al conto economico civilistico. Le attività per imposte anticipate derivano, oltre che dalle differenze temporanee deducibili (determinanti un minor carico fiscale futuro), anche dal riporto a nuovo di perdite fiscali. Cfr il Principio contabile OIC 25 – Imposte sul reddito.

⁶² Con riguardo all'ammortamento anticipato, ammesso fiscalmente in passato, a lungo si è discusso sulla configurazione civilistica di questo fondo. È stato detto che esso andava a formare una sorta di riserva precostituita dagli amministratori a titolo di anticipazione dei futuri ammortamenti ordinari e perciò vincolati a questo fine. A ciò venivano contrapposti: l'illegittimità di un tale comportamento, diretto a costituire riserve di utili prima ancora che questi fossero acclarati; la diversità strutturale tra gli ammortamenti civilistici e quelli fiscali, diretti, questi ultimi, alla mera ripartizione di costi nel tempo secondo un criterio obiettivo; la configurazione in ambito fiscale come mera misura prudenziale antiflattiva degli ammortamenti anticipati; la singolarità di una riserva, come quella per ammortamenti anticipati, impossibilitata a conservare tale sua natura e a fruire del regime previsto per le quote ideali del patrimonio netto, perché destinata a trasformarsi in un fondo di ammortamento. Così Nuzzo E., Note minime sulla disciplina civile e fiscale in tema di riserve e fondi di bilancio; in *Riserve e fondi nel bilancio di esercizio*, Milano, 1986.

⁶³ Crovato F. Lupi R. *Il reddito di impresa*, Milano 2002

dell'evento dannoso), in forza del quale può dirsi che tali elementi patrimoniali assumono un carattere di precarietà e temporaneità.

Per le valutazioni patrimoniali che non si traducono in rettifiche di componenti dell'attivo (ossia per gli accantonamenti per rischi e oneri) si pone però, più che un problema di competenza, una questione di certezza del costo contabilizzato. Per tale ragione, esistono per tali costi dei limiti di rilevanza fiscale che rispondono all'esigenza di delimitare la sfera entro cui gli esiti dei suddetti processi valutativi possono essere trasferiti dal calcolo del risultato economico a quello del reddito di impresa.

6. LE RISERVE: CONCETTO GENERALE

Nel nostro ordinamento manca una definizione generale di riserva. Da tempo, comunque, la dottrina ha provveduto a tale definizione, individuando la riserva in quella parte del patrimonio netto eccedente la cifra del capitale sociale accantonata dalla società e non ripartita tra i soci. Di frequente ricorre tuttavia l'affermazione che la riserva è un accantonamento di utili (e, se del caso, del sovrapprezzo azioni), ponendosi così un collegamento tra utile e riserva. Ciò però è esatto solo se intende per utile ogni eccedenza dell'attivo di bilancio sul passivo e sul capitale, mentre si rilevarebbe erroneo collegare necessariamente le riserve agli utili derivanti dall'attività di impresa in senso stretto, dato che ne verrebbero escluse sopravvenienze e plusvalenze, che invece rientrano nella generale nozione di riserva⁶⁴.

Ad evitare confusioni su tale nozione sarebbe sempre opportuno distinguere, come avviene nell'economia aziendale, tra riserve di utili e riserve di capitale, distinzione che non solo contribuisce alla individuazione della natura della riserva ma può anche servire a chiarire gli eventuali limiti nella sua utilizzazione. La distinzione medesima, inoltre, conferma che vi possono essere riserve non costituite con utili di bilancio, onde l'inevitabilità di adottare un concetto ampio e residuale di riserva. Nella prospettiva di una definizione generale di riserva occorre distinguere tra riserve "proprie" e riserve "improprie": occorre distinguere le riserve proprie dai fondi del passivo e da quelle aventi natura fiscale. Se si volesse restringere la definizione di riserva propria, si dovrebbe dire che tale è solo quella costituita per legge o per delibera assembleare dei

⁶⁴ Così Cera M., *Il passaggio di riserve a capitale*, Milano 1988.

soci, in virtù del principio che solo la legge o l'assemblea possono disporre accantonamenti di attivo. Ma ciò vorrebbe dire che ci sarebbe una condizione procedimentale per l'esistenza di una vera riserva e che non sarebbe sufficiente una mera eccedenza del patrimonio netto sul capitale. Ma tale soluzione impedirebbe di trovare una definizione per quelle eccedenze indipendenti dall'esistenza di una apposita delibera come per le riserve da fusione o da differenze per conferimenti in natura, per le riserve "fiscali", nei limiti in cui possano queste ultime definirsi riserve, per le eccedenze inserite in sede di redazione del bilancio dagli amministratori, per i fondi del passivo non aventi funzione di rettifica dell'attivo e genericamente previsionali.

Una distinzione tra riserve e fondi nella legge esiste: non solo l'art. 2424 c.c. impone tale distinzione in tema di contenuto del bilancio, ma anche l'art. 2442 sul passaggio di riserve e altri fondi disponibili a capitale. La distinzione non è tra riserve e fondi che non abbiano natura di riserve, ma tra riserve e fondi che, comunque denominati, abbiano in sostanza tale natura. Dunque anche il legislatore tende ad adottare un concetto residuale di riserva.

Dalle norme è possibile, insomma, addivenire alla definizione di riserva propria: innanzitutto l'art. 2350, c.c., che attribuisce ad ogni azione una quota parte del patrimonio netto risultante dalla liquidazione, permette di dire che non possono essere riserve i fondi per debiti attuali, futuri o anche solo potenziali, rappresentando il patrimonio netto risultante dalla liquidazione solo ciò che residua dopo aver soddisfatto tutti i debiti⁶⁵; poi l'anzidetto art. 2424 che impone di distinguere le riserve componenti il patrimonio netto e infine tutte le disposizioni che distinguono le riserve come disponibili o indisponibili⁶⁶.

In prima approssimazione si rileva che l'art. 2424 c.c. nel disciplinare lo schema dello stato patrimoniale, individua le seguenti voci del patrimonio netto:

- capitale
- riserva sovrapprezzo azioni
- riserve di rivalutazione
- riserve statutarie

⁶⁵ Come noto il patrimonio netto è la differenza tra attivo e passivo ed è formato dal capitale sociale e le riserve.

⁶⁶ Artt. 2357, 2358, 2359-bis, 2433-bis, 2442, del codice civile. Si veda paragrafo successivo.

- riserva per azioni proprie in portafoglio
- altre riserve
- utili (perdite) portate a nuovo
- utile (perdita) dell'esercizio

Lo IAS 1 richiede l'iscrizione distinta di sole tre voci: capitale emesso, riserve, utili (perdite) accumulati. Tuttavia nel prospetto delle variazioni (che è uno dei prospetti fondamentali del bilancio conforme agli IAS) devono essere evidenziate in voci distinte le variazioni riguardanti: il capitale emesso, le azioni proprie, la riserva sovrapprezzo azioni, la riserva di copertura, la riserva di fair value degli strumenti finanziari, la riserva di rivalutazione delle attività, la riserva di traduzione, la riserva degli utili indivisi.

Il principio contabile n. 28, in base al criterio di classificazione dell'origine⁶⁷, specifica che devono considerarsi riserve di capitale le seguenti:

- riserva da sovrapprezzo azioni;
- riserva da conguaglio utili in corso
- riserve di rivalutazione;
- versamenti in c/aumento di capitale, in c/futuro aumento di capitale, a fondo perduto, a copertura di perdite;
- riserva avanzo di fusione;
- riserva contributi in c/capitale (contributo destinato ad integrare il patrimonio netto).

Mentre devono considerarsi appartenenti alla classe delle riserve di utili le seguenti:

- riserva legale;
- riserva statutaria;
- riserva per azioni proprie in portafoglio;

⁶⁷ Le riserve si possono classificare anche in base al criterio della destinazione. In questo caso assumono rilevanza le decisioni degli amministratori e le norme di legge per quanto riguarda i vincoli e le regole di utilizzo. In tal modo esse sono classificate secondo la loro disponibilità all'utilizzo e si possono suddividere nei due gruppi delle riserve libere e di quelle indisponibili. Cfr. Principio contabile/OIC n. 28. Nella nota integrativa devono essere poi fornite informazioni riguardanti le riserve disponibili (ossia utilizzabili, ad es., per aumenti di capitale) e quelle distribuibili ai soci, oltre a specificarne l'origine (art. 2427, nn. 4 e 7 bis).

- riserva facoltativa;
- riserva per rinnovamento impianti e macchinari;
- riserva per acquisto azioni proprie;
- riserva da deroghe ex art. 2423;

6.1 Segue: PROFILI CIVILISTICI DELLE RISERVE E PROBLEMATICHE FISCALI

Sulla natura del **sovrapprezzo** (o premio di emissione), ovvero la somma che la società percepisce per il prezzo superiore al valore nominale delle azioni, si è molto discusso in passato, soprattutto in ambito fiscale: la preoccupazione che il sovrapprezzo potesse essere assoggettato ad imposta ha condotta la dottrina ad affermarne la natura di conferimento e a negarne l'assimilabilità all'utile.

Dal punto di vista strettamente giuridico del bilancio, certamente non si tratta di utile di gestione, cioè di nuova ricchezza prodotta dal patrimonio nell'esercizio dell'impresa sociale.

D'altra parte, la riserva sovrapprezzo azioni può formarsi anche in sede di costituzione della società, col che è possibile dire che in questo caso essa è assimilabile ad un conferimento non imputato a capitale; infatti, mentre il capitale è formato dai conferimenti, non è vero il reciproco, ossia che tutti i conferimenti vanno a costituire il capitale, potendosi individuare molteplici ragioni per le quali i soci fanno investimenti senza imputarli a capitale⁶⁸, in modo da sottrarli alla rigorosa disciplina del capitale sociale.

Al di fuori di questo caso, che si può considerare eccezionale, il sovrapprezzo fissato in occasione di un aumento di capitale risolve il conflitto tra il principio secondo cui tutte le azioni debbono avere uguale valore nominale, e il principio della parità di trattamento tra i soci, per cui i nuovi azionisti debbono versare un corrispettivo della ricchezza rappresentata dalle azioni. In altri termini, il sovrapprezzo dovrebbe rappresentare come minimo la differenza tra patrimonio netto e capitale sociale, diviso per il numero delle azioni vecchie e nuove: la partecipazione sociale è, in senso giuridico-formale, una

⁶⁸ Tantini G., Capitale e patrimonio nelle società di persone, Padova 1980.

frazione del capitale sociale, ma sostanzialmente rappresenta una quota del patrimonio netto⁶⁹.

Tutto ciò però non esclude che il sovrapprezzo si possa considerare utile di bilancio ai fini della distribuzione. È stato osservato al riguardo che la tendenza della dottrina dominante e della giurisprudenza a ritenere che il sovrapprezzo non sia utile ma che abbia natura di conferimento ha un'evidente vizio di impostazione dovuto a preoccupazioni di indole fiscale⁷⁰. Infatti, da un lato, l'art. 2431 c.c., stabilisce che "le somme percepite dalla società per l'emissione di azioni ad un prezzo superiore al loro valore nominale, ivi comprese quelle derivate dalla conversione di obbligazioni, non possono essere distribuite fino a che la riserva legale non abbia raggiunto il limite stabilito dall'articolo 2430", dall'altro l'art. 2626, c.c., vieta la restituzione, palese o simulata, dei conferimenti ai soci, con l'unica eccezione per la riduzione del capitale sociale. Conseguentemente il sovrapprezzo può far parte dell'utile di bilancio, sebbene la sua distribuzione agli azionisti sia sottoposta ad una condizione, ossia che la riserva legale abbia raggiunto il limite voluto dall'art. 2430. La ragione di questa misura

⁶⁹ Invero, l'art. 2441, comma 6, c.c., stabilisce che, in caso di aumento di capitale a pagamento con esclusione del diritto di opzione, il prezzo di emissione va fissato "in base" al valore del patrimonio netto: di conseguenza il sovrapprezzo potrebbe essere inferiore rispetto a quello necessario a rispecchiare esattamente l'entità delle riserve, e ciò al fine di allettare i futuri sottoscrittori; non è previsto sovrapprezzo per le azioni offerte in sottoscrizione ai dipendenti (art. 2441, comma 8, c.c.); il diritto di opzione spetta ai portatori di obbligazioni convertibili anche qualora non convertano: ciò implica la sottoscrizione da parte di soggetti non soci senza sovrapprezzo (art. 2441, comma 1, c.c.); gli amministratori infine possono offrire ai terzi, anche senza sovrapprezzo, le azioni inoplate, ed inoltre la vendita in borsa dei diritti di opzione non esercitati viene effettuata a favore della società, e non dei soci che non hanno sottoscritto. Cfr Costa C., *Le riserve nel diritto delle società*, Milano 1984. Vi è però anche da dire che l'espressione "in base al patrimonio netto" potrebbe anche voler significare includere nel calcolo elementi non rappresentati nel patrimonio netto contabile, come la rivalutazione delle immobilizzazioni (contabilizzate al costo storico) e l'avviamento. Infatti, proprio il generico riferimento al patrimonio netto, con l'omissione della qualifica di contabile, potrebbe voler dire far riferimento al valore economico del patrimonio. Così, Guatri, *La valutazione delle aziende*, Milano 1990. Il fatto che il legislatore non abbia richiesto, per questa stima, una perizia da parte di un esperto nominato dal tribunale, come invece per la valutazione dei beni conferiti, significa che l'adeguatezza dei beni conferiti rileva ai fini della garanzia dei creditori sociali ma non ai fini della determinazione del sovrapprezzo, il quale agisce, invece, nell'interesse dei soci che assumono la delibera di aumento del capitale sociale ed ha natura pattizia. Cfr Bianchi G., *Le operazioni sul capitale sociale dopo la riforma del diritto societario*, Padova 2007. D'altra parte, nulla vieta che il sovrapprezzo sia stabilito anche quando non è escluso o limitato il diritto di opzione (Trib. Milano, 6 dicembre 1990, in Riv.not., 1991, II, p. 504). In questo caso non necessariamente il sovrapprezzo va determinato sulla base dei criteri di cui al 2441 c.c. (Trib. Catania, 12 settembre 1989, in Giur.Comm. 1991, II, p. 315).

⁷⁰ Rossi G. *Utile di bilancio, riserve e dividendo*, Milano 1957, p. 70. A tal riguardo Grillo R., *Le riserve di bilancio, tecnologia economica e giuridico-tributaria*, Milano 1967, p. 14, aveva rilevato che "invero non si potrebbe riscontrare natura di reddito nel premio o nel sovrapprezzo senza confondere due elementi che, come afferma il De Gregorio, sono di per sé stessi diversi: il premio o bene conferito, il quale appunto perché tale è destinato a produrre il reddito, ed il reddito che, a sua volta, è prodotto dalle attività patrimoniali investite o apportate nel complesso economico aziendale in atto".

protettiva è quella di garantire i creditori sociali nella misura più completa voluta dalla legge. La regola è che ogni eccedenza di valori patrimoniali costituisce utile distribuibile e la disposizione di cui al 2431 costituisce un'eccezione, dovendosi comunque ritenere questa una forma anomala di composizione dell'utile di bilancio⁷¹.

Invero, la ratio di tale norma è stata rinvenuta, nella scelta operata dal legislatore di sottoporre il sovrapprezzo, inteso come conferimento dei soci non imputato a capitale, ma a riserva, ad una disciplina intermedia tra quella del capitale e della riserva legale da un lato, e delle riserve disponibili dall'altro⁷².

Che il sovrapprezzo rappresenti un conferimento e non un reddito della società, tanto al momento del versamento alla società quanto della distribuzione al socio, è comunque stato ampiamente dimostrato già sotto la vigenza del codice di commercio⁷³. Una conferma la si ritrova oggi nel rinnovato art. 2343, comma 1, c.c., il quale espressamente stabilisce che l'attestazione dell'esperto circa il valore del conferimento dei beni in natura deve coprire anche il valore del sovrapprezzo.

Invero il carattere di "conferimento" non è affatto incompatibile con quello di "distribuibilità", essendo quest'ultima limitata o impedita esclusivamente dal vincolo di capitale o di riserva legale o di riserva statutaria, cui eventualmente sia soggetto quanto conferito⁷⁴.

Dal punto di vista tributario già il R.D.L. 15 ottobre 1925, n. 1802, stabilì che "il sovrapprezzo realizzato da società commerciali con l'emissione di nuove azioni è esente da imposta di ricchezza mobile". Tale disposizione venne poi riconfermata dall'art. 83,

⁷¹ Rossi G. Utile di bilancio, riserve e dividendo, Milano 1957, p. 72.

⁷² Cfr Costa C., Le riserve nel diritto delle società, Milano 1984, p. 50. Il vincolo sulla riserva sovrapprezzo azioni permane solo fino a completamento della riserva legale, indipendentemente quindi da qualsiasi altra futura necessità di incrementare la riserva legale stessa. Una volta che la riserva legale ha raggiunto il quinto del capitale sociale, i sovrapprezzi possono essere utilizzati oltre che per la distribuzione anche per incrementare altre riserve. L'imputazione a capitale è invece sempre possibile ed anche quella alla stessa riserva legale perché, essendo la ratio del 2431 quella di immobilizzare somme a tutela del capitale sociale, detta imputazione avrebbe l'effetto di sottoporre i sovrapprezzi ad un maggior vincolo di indisponibilità. La disciplina della disponibilità dei sovrapprezzi di cui all'art. 2431, c.c., è stata ritenuta applicabile anche ai versamenti dei soci in conto capitale, essendo questi pur sempre conferimenti non imputati a capitale ma al patrimonio della società. Sul punto comunque la dottrina è apparsa in disaccordo: ad esempio Tantini G., Capitale e patrimonio nelle società di persone, Padova 1980, p. 121 ss, ha ritenuto che un particolare vincolo su tale riserva potesse essere impresso solo dalla volontà dei soci conferenti.

⁷³ Vivante C., La imponibilità del sovrapprezzo da un nuovo punto di vista, in Rivista di diritto commerciale, 1910, p. 833 ss.

⁷⁴ Lovisolo A., Il sistema impositivo dei dividendi, Padova 1980, p. 27.

comma 1, lett. b) del T.U. 29 gennaio 1958, n. 645⁷⁵. Nel TUIR, l'art. 91, esplicita che “non concorrono alla formazione del reddito (delle società soggette all'IRES): (...) d) i sovrapprezzi di emissione delle azioni o quote e gli interessi di congruaggio versati dai sottoscrittori di nuove azioni o quote”. Ciò aiuta a precisare che, in realtà, in ambito fiscale, non si nega affatto la natura di utili di tale fattispecie. Ed invero, la necessità di una norma esplicita in merito, diretta ad escludere la rilevanza fiscale di tale elemento del patrimonio netto, dimostra che la nozione di reddito di impresa accolta dal legislatore è “qualsivoglia aumento, oggettivamente verificatosi, della consistenza patrimoniale considerata ai fini impositivi, cioè in base alle norme tributarie, di formale pertinenza dell'impresa; astraendo dal fattore produttivo dell'incremento e, in specie, dalla sua diretta o indiretta riconducibilità all'esercizio dell'impresa”⁷⁶.

Accettata anche dalla prassi dell'amministrazione finanziaria la natura non reddituale del sovrapprezzo azionario⁷⁷, si è tuttavia sviluppato intorno alla distribuzione di tale posta del patrimonio netto un clima antielusivo che dura tuttora.

Che la distribuzione del sovrapprezzo non potesse avere effetti fiscali fu presto messo in dubbio dalla dottrina. In primo luogo si osservò che se alla distribuzione del sovrapprezzo (ed in genere delle somme aventi natura di capitale) non fosse conseguita una diminuzione del costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione, si sarebbe

⁷⁵ La distinzione tra redditi esenti e redditi esclusi è molto importante perché l'esenzione postula un elemento che legittima l'esenzione stessa: un elemento in difetto del quale il reddito sarebbe tassabile in quanto rientrante nel presupposto del tributo. I proventi non soggetti ad imposta, invece, costituiscono una delimitazione del presupposto. Se il carattere di reddito poteva ancora argomentarsi dalla dichiarata esenzione contenuta nel r.d.l. n. 1802 del 1925, dal disposto dell'art. 83 del testo unico ciò non appariva già più sostenibile. Quest'ultimo infatti recitava: “non sono soggetti all'imposta: (...) b) il sovrapprezzo di emissione delle azioni di società”.

⁷⁶ Così Miccinesi M., *Le plusvalenze di impresa: inquadramento teorico e profili ricostruttivi*, Milano 1993, p. 66. L'Autore, in effetti, dopo aver ricostruito il percorso dottrinale e giuridico che sta dietro la definizione del reddito di impresa, arriva a siffatta conclusione proprio in considerazione di tutti quegli elementi che, benché presenti nelle rappresentazioni contabili e suscettibili di confluire nell'utile di bilancio, possono dal legislatore tributario essere o non essere incluse nel reddito imponibile in base ad esigenze proprie di tale ambito del diritto. Così “la mancata espunzione dalla base imponibile delle plusvalenze e degli arricchimenti gratuiti, questi ultimi ricondotti fra le sopravvenienze attive, non può giustificarsi in termini di ineluttabile riflesso dell'adozione di un sistema di tassazione su base contabile, ma consegue ad una precisa scelta del legislatore, resa inequivoca dalla esplicita menzione di tali voci fra le componenti attive del reddito”. Non derivando le plusvalenze e le gratuità da una fonte produttiva, risultando esse incluse nella medesima ed unica base imponibile sulla base di un criterio unitario di valutazione per l'identificazione del reddito imponibile, consistente nella riferibilità del complessivo incremento di ricchezza all'ambito dell'impresa, l'Autore conclude che: “le plusvalenze e le attribuzioni non onerose rilevano come componenti del reddito di impresa per loro oggettiva attitudine ad influire sulla formazione di siffatto incremento di ricchezza, la cui imputazione all'impresa od alla società commerciale prescinde da un rapporto di derivazione causale”.

⁷⁷ In tal senso già la circolare 1 agosto 1966, n. 501197, in *Dir.prat.trib.*, 1972, II, p. 689.

consentita al socio l'ingiustificata deduzione di una perdita su partecipazioni, al più tardi al momento della liquidazione della società⁷⁸. Da qui l'intervento normativo che nel 1993 modificò il comma 1 dell'allora art. 44 (corrispondente all'attuale comma 5 dell'art. 47 post riforma IRES)⁷⁹, prevedendo che la distribuzione del sovrapprezzo (ed altre riserve di capitale) non dà luogo alla formazione di utili imponibili in capo al socio, ma riduce il costo fiscalmente riconosciuto della sua partecipazione. In tal modo l'emersione di un componente di reddito viene rinviata ad una successiva operazione "realizzativa", come la liquidazione della quota sociale appartenente al socio, la liquidazione della società o la cessione della partecipazione.

Nello stesso tempo cominciava però a profilarsi il dubbio che forse la distribuzione del sovrapprezzo potesse prestare il fianco a comportamenti elusivi. Il problema veniva evidenziato rispetto a quei soci che avessero beneficiato della distribuzione del sovrapprezzo in misura eccedente il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione. Si riteneva che, nonostante il silenzio normativo, questo differenziale dovesse essere assoggettato a imposizione, trattandosi di un arricchimento dipendente dall'utilizzo di riserve di capitale non formate con apporti dello stesso socio.

Alcuni ritenevano che si dovesse applicare la norma antielusiva contenuta nel previgente art. 10 della L. n. 408/1990⁸⁰, altri che sarebbe bastata un'interpretazione sistematica dell'art. 44 per dedurre la tassabilità delle somme in parola⁸¹.

⁷⁸Stevanato D., Le restituzioni di capitale ai soci tra elusione, norme espresse e principi sistematici, *Rassegna tributaria* n. 7-8 del luglio/agosto 1994, pag. 1126. Sul punto anche LUPU R., *Profili tributari della fusione di società*, Padova, 1989, pagg. 181 e seguenti.

⁷⁹ Art. 1 del d.l. 30 dicembre n. 557, convertito dalla L. 26 febbraio 1994, n. 133.

⁸⁰ Bogoni, *Profili elusivi nella cessione di partecipazioni sociali*, *Rassegna tributaria*, 1994, pagina 1121. Si ipotizzava uno schema elusivo in cui un socio, che intendesse cedere la propria partecipazione a un terzo, si potesse accordare con l'acquirente concordando, in alternativa alla cessione della partecipazione, produttiva di plusvalenze imponibili, la delibera di un aumento del capitale con un rilevante sovrapprezzo (sottoscritto unicamente dal nuovo socio), seguita dalla restituzione del sovrapprezzo medesimo a tutti i soci (compreso il venditore-vecchio socio) in esenzione d'imposta. Attraverso tale meccanismo si sarebbe ottenuto il mutamento degli equilibri societari in esenzione d'imposta per il vecchio socio; quest'ultimo, oltre a conseguire una vera e propria plusvalenza da cessione in una modalità non imponibile, si sarebbe ritrovato ad essere ancora titolare delle proprie quote azionarie, sia pure ormai con un costo fiscale inferiore allo zero, che avrebbero potuto cedere a un prezzo irrisorio all'acquirente. In proposito anche G. Sepio, *Distribuzione di riserve derivanti da conferimenti, eccedenze della somma distribuita rispetto al costo della partecipazione e loro qualificazione reddituale*, in *Rassegna tributaria*, 2001 fasc. 3, pp. 823 – 829.

⁸¹ Stevanato, prendendo spunto dalle osservazioni di altri Autori, evidenziava che "qualora il vecchio socio cedesse la partecipazione prima della distribuzione del fondo sovrapprezzo, realizzerebbe un componente positivo di reddito pari alla differenza tra il valore effettivo della propria partecipazione (comprensivo di una quota del fondo sovrapprezzo) ed il costo della partecipazione medesima. Questo conferma, allora, l'esigenza sistematica di assoggettare ad imposizione ogni realizzo da parte del socio dei redditi latenti della sua partecipazione, che può verificarsi o con la cessione a terzi o con la distribuzione

In effetti, con la modifica apportata nel 1993, che andava ad incidere sul riconoscimento fiscale del costo della partecipazione, sembrava che un componente di reddito potesse emergere solo in una fase successiva di “realizzo della partecipazione” (uscita del socio dalla compagine sociale per effetto del recesso, della liquidazione della società o di una vendita); mentre, veniva avvertita la eventualità di un salto d’imposta per la mancata tassazione delle somme percepite dal socio, a titolo di distribuzione di riserve di capitale, in eccesso rispetto al conferimento.

L’interpretazione logico-sistematica della normativa conduceva a ritenere imponente tale differenziale, ed implicitamente trovava una soluzione alle preoccupazioni elusive.

Un’altra fattispecie riguardante la distribuzione della riserva sovrapprezzo azioni, di cui anche è stata messa in dubbio la legittimità, riguarda la distribuzione di tale riserva contestualmente all’accantonamento di utili di esercizio a riserva.

Sul punto si riportano alcune considerazioni espresse in dottrina:⁸²

“È noto che, in passato, la Corte di Cassazione ha espresso l’orientamento secondo cui la ripartizione di un fondo sovrapprezzo azioni che sia collegata all’accantonamento a riserva di utili di esercizio deve essere qualificata alla stregua di una distribuzione di quei medesimi utili ai soci”. Questi argomenti “si fondano essenzialmente sull’assunto che l’aumento delle riserve di utili in correlazione alla restituzione dei conferimenti ai

di poste patrimoniali”. L’Autore concludeva ritenendo applicabile, in via analogica, alla fattispecie, il comma 3 dell’art. 44 riguardante il regime fiscale delle somme distribuite ai soci in caso di recesso, riduzione del capitale esuberante o di liquidazione della società. Tale disposizione afferma la natura reddituale delle somme percepite in eccedenza al valore fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote annullate, riconoscendo così la tassabilità degli importi ricevuti dal socio non in corrispondenza di un precedente investimento, senza distinguere tra riserve di utili e riserve di capitali. D. Stevanato, *Le restituzioni di capitale ai soci tra elusione, norme espresse e principi sistematici*, in *Rass.Trib.*, 1994, pag. 1126 ss. Sembrerebbe trattarsi di un tipico caso di interpretazione antielusiva (risalente alla c.d. scuola di Pavia) – ove si ritenessero equivalenti le categorie dell’interpretazione analogica e di quella estensiva –, che consente, attraverso la considerazione dei risultati economici perseguiti dal legislatore, di attrarre alla norma interpretata una fattispecie solo apparentemente estranea al suo ambito applicativo. In tal modo quella fattispecie smette di configurare un comportamento elusivo e diventa una ipotesi cui si rende applicabile quella norma. Da notare che l’applicazione analogica/estensiva del 3° comma dell’art. 44 conduceva a qualificare il differenziale in questione come dividendo. L’interpretazione letterale, chiaramente, conduceva a tutt’altro risultato, come aveva osservato anche G. Sepio, *Distribuzione di riserve derivanti da conferimenti, eccedenze della somma distribuita rispetto al costo della partecipazione e loro qualificazione reddituale*, op. cit. pag. 809, il quale, pur ammettendo, in conseguenza di una interpretazione sistematica, l’imponibilità della restituzione di apporti di capitale in misura eccedente il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione, giungeva alla conclusione che non si potesse applicare in via estensiva il disposto dell’art. 44 co 3, e che, invece, la fattispecie fosse suscettibile di generare plusvalenze, anche in considerazione del fatto che la presenza di una vera e propria vicenda traslativa non costituirebbe un elemento indispensabile ai fini della configurabilità di una plusvalenza. A tal riguardo l’Autore aveva richiamato il caso delle plusvalenze iscritte.

⁸² Garcea A., *L’autonomia dei soci nella distribuzione delle poste del patrimonio netto*, in *"Rassegna tributaria"* n. 1 di gennaio-febbraio 2000, pag. 73.

soci sarebbe, di per sé, privo di giustificazione economica ed integrerebbe un mezzo per addivenire ad una distribuzione mascherata di utili in elusione di imposta⁸³. Questa presa di posizione della Cassazione e del Ministero è stata stigmatizzata, in dottrina, sotto vari profili. Alcuni autori hanno messo in risalto come una simile interpretazione fosse idonea a dar luogo ad una fattispecie di doppia tassazione, tenuto conto che, dopo aver tassato come distribuzione di utili la restituzione del sovrapprezzo azionario, la successiva distribuzione delle riserve formate con utili veri e propri non avrebbe potuto, a sua volta, sfuggire al tributo. Altri autori⁸⁴ hanno osservato che l'unico piano logico e giuridico di ragionamento che può dirsi accettabile è rappresentato dalla denominazione contabile delle somme distribuite. Ciò in quanto il fatto che un determinato comportamento trovi la sua giustificazione esclusivamente in ragioni di ordine fiscale non sarebbe di per sé motivo sufficiente per affermare l'illegittimità e per procedere alla riqualificazione del comportamento adottato". Sul punto anche Lovisolo⁸⁵ aveva in passato osservato che dando atto che "sussiste la possibilità, che, in talune circostanze, sotto la veste di una restituzione di sovrapprezzo si celi una distribuzione di utili, accettare la tesi sostenuta dalla amministrazione finanziaria significa svuotare di ogni contenuto probatorio la regolare tenuta della contabilità e lasciare il contribuente nella impossibilità di fornire la prova contraria alla presunzione di distribuzione degli utili". Vi è infine chi ha fatto rilevare, in maniera forse ancor più convincente, che il danno effettivamente arrecato all'Erario attraverso la distribuzione dei conferimenti in luogo degli utili era in realtà trascurabile - se non inesistente -, quando il percettore fosse stato soggetto ad IRPEG, atteso che: l'IRPEG dovuta dal socio sull'utile distribuito sarebbe stato pareggiato dal corrispondente credito di imposta sui dividendi; la restituzione delle poste patrimoniali in luogo della distribuzione degli utili, per converso, era suscettibile di ridurre il costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni, determinando un conseguente incremento delle eventuali plusvalenze in caso di successivo realizzo⁸⁶. Il problema poteva rimanere per i soci soggetti ad IRPEF con aliquota marginale superiore all'aliquota IRPEG.

⁸³ Cass. 5 maggio 1978 n. 2115; Cass. 3 luglio 1979 n. 3735; Cass. 7 novembre 1981 n. 5264, Cass., Sez. Trib., 29 luglio 2004, n.14515. C.M. 1 agosto 1966, n. 501197, C. M n. 8 del 16 marzo 1984

⁸⁴ Stevanato D., Riduzione del capitale e successiva imputazione della riserva di rivalutazione: le ragioni della intassabilità, in "Riv. dir. trib.", 1996, II, pag. 39.

⁸⁵ Lovisolo A., Il sistema impositivo dei dividendi, Padova 1980, p.32.

⁸⁶ Barbone L., Le contraddizioni di una interpretazione elusiva troppo rigida in "Rass. trib.", 1994, pagg. 1899 e ss.

Su tali basi la dottrina aveva indagato la possibilità che vi potesse essere nel sistema un principio che fissasse la precedenza della distribuzione degli utili rispetto alla restituzione dei conferimenti ai soci. Ciò sulla base della considerazione che “sottostante alla ricostruzione che ravvisa la distribuzione mascherata di utili nella distribuzione del sovrapprezzo vi sarebbe verosimilmente un giudizio di disvalore del vantaggio eventualmente conseguibile attraverso il differimento della tassazione presso i soci delle somme distribuite, vantaggio che verrebbe considerato talmente indebito da legittimare una riqualificazione delle scelte negoziali”. La disposizione che poteva rispondere a questa esigenza appariva l’art. 44, comma 2, del TUIR (oggi art. 47 comma 6), il quale risponde proprio al principio di impedire che attraverso una imputazione contabile (il passaggio di utili a capitale e la successiva riduzione del capitale per esuberanza) sia consentito di restituire ai soci i conferimenti prima della distribuzione degli utili. In quest'ottica il criterio di precedenza della distribuzione degli utili rispetto alla restituzione del capitale avrebbe goduto di un “apprezzabile supporto normativo”, che all’epoca in cui l’Autore scriveva non esisteva.

Invero, come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza, anche a prescindere dalla contestualità delle deliberazioni, in presenza di utili accantonati, la distribuzione della riserva sovrapprezzo costituisce una forma indiretta di distribuzione di utili sotto diversa denominazione. Tale atteggiamento più restrittivo, è stato detto⁸⁷, può ritenersi fondato non solo sull'esigenza di disconoscere fattispecie complesse a natura elusiva, ma anche su una sorta di presunzione relativa all'ordine di distribuibilità delle poste del patrimonio netto, o di stratificazione fiscale delle stesse; secondo tale presunzione la riserva utili riportati a nuovo è sempre distribuita prima delle altre riserve.

Tuttavia, aveva osservato Garcea, che se vi fosse effettivamente stata una regola che imponesse la distribuzione degli utili con precedenza rispetto alla restituzione degli apporti dei soci, ogni decremento del patrimonio netto, indipendentemente dal nomen iuris, avrebbe dovuto imputarsi agli utili. Ma allora l'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 comma 3, lett. a) non avrebbe avuto più senso. Questa disposizione prevede che la Amministrazione finanziaria può disconoscere i vantaggi tributari indebiti realizzati anche per il tramite di "distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili".

⁸⁷ Garbarino C., La tassazione delle operazioni sul capitale e sulle poste del patrimonio netto, Milano, Giuffrè, 1993.

In ogni caso il comma 2 dell'art. 44, non poteva (e non può) contenere alcuna valenza generale in tal senso, perché, come precisato dall'Autore, il cui pensiero qui si riporta, "sembra che la chiave interpretativa dell'art. 44, comma 2, del TUIR sia racchiusa nelle peculiarità della operazione ivi disciplinata (la preventiva imputazione degli utili a capitale e la successiva riduzione del medesimo per esuberanza). Ciò che il legislatore ha regolato non è la distribuzione di utili né la restituzione delle riserve di capitale di per sé considerate, bensì la distribuzione di utili "mascherata", ossia realizzata attraverso la ripartizione ai soci dei conferimenti. Non la condotta limpida e verificabile, bensì l'operare in modo che non sia possibile identificare l'origine effettiva delle somme e dei valori distribuiti ai soci. Il risultato disapprovato non è però costituito dal differimento della tassazione degli utili (...). Il giudizio sfavorevole concerne un altro particolare effetto della condotta: la alterazione della stratificazione fiscale del patrimonio netto della partecipata. Non è cioè ammesso che attraverso una imputazione contabile le somme e/o i beni derivanti dal flusso reddituale possano essere riquilibrati ai fini fiscali ed attribuiti ai soci come se essi fossero stati conferiti in società. La ratio dell'art. 44, secondo comma, del TUIR ed il principio sistematico che tale norma rivela si possono perciò compendiare nella intangibilità della struttura qualitativa del patrimonio netto ai fini tributari".

Con la riforma fiscale del 2003, a far data dal 1° gennaio 2004, l'art. 47, comma 1, secondo periodo, del TUIR, dispone che, indipendentemente dalla delibera assembleare, si presumono prioritariamente distribuiti l'utile dell'esercizio e le riserve diverse da quelle di capitale di cui al comma 5 del medesimo articolo per la quota di esse non accantonata in sospensione di imposta. Risulta così ripresa e generalizzata, a livello legislativo, quella tendenza che, si è visto, tanto in ambito giurisprudenziale quanto amministrativo, si è andata affermando nel tempo sul fondamento di un sospetto di elusività che non è stato mai veramente dimostrato.

Con detta disposizione si lascia spazio ad una vera e propria "mutazione giuridica"⁸⁸ che rende irrilevanti le qualificazioni e stratificazioni di bilancio.

La disposizione ha poi prestato il fianco ad una serie di interrogativi ai quali la dottrina e la stessa Amministrazione finanziaria⁸⁹ hanno tentato, in parte, di dare risposta.

⁸⁸ L'espressione è di Lupi R., I paradossi di qualificare come distribuzioni di utili le restituzioni di riserve di capitale, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2005, n. 12, p. 1629 ss.

⁸⁹ Circolare 16 giugno 2004, 26/E. Sul tema si veda il paragrafo 10.

Per quanto riguarda la **rivalutazione dei beni di impresa**⁹⁰, dal punto di vista civilistico non è sempre stata condivisa la natura di capitale della relativa riserva. Occorre, all'uopo, però, distinguere tra rivalutazione monetaria e rivalutazione economica dei beni di impresa.

La prima ha la funzione di esprimere i valori storici dell'attivo in valori più rispondenti al potere attuale di acquisto della moneta. Per tale ragione essa non presenta alcun effetto concreto dal punto di vista economico, trattandosi di una mera operazione aritmetica a cui non si accompagna la formazione di ricchezza nuova. La riserva ad essa relativa assume pertanto la funzione di mera posta di correzione passiva sino al momento del realizzo economico del bene rivalutato; non è una quota di netto ma soltanto un espediente contabile per esprimere in una diversa forma quantitativa e monetaria quei componenti patrimoniali i cui valori non hanno subito alcuna variazione sostanziale per fenomeni economici o sociali di altra natura⁹¹

La rivalutazione economica, invece, esprime l'aumento di valore dei beni patrimoniali in conseguenza non di fenomeni monetari ma di cause economico-sociali determinanti una sostanziale plusvalenza potenziale. Mentre la rivalutazione monetaria tende ad esprimere, senza variarne la configurazione economica sostanziale preesistente, lo stato economico aziendale attuale, quella economica tende a prospettare una possibile quota di netto, che, se realizzata, muterebbe sostanzialmente la configurazione economica dell'azienda rispetto a quella precedente. Essa misurerebbe però un plusvalore solo sperato, rispetto ai limiti giuridici di rivalutabilità monetaria, ossia un'eccedenza non ancora realmente acquisita al complesso economico-aziendale. Per tale ragione la relativa riserva potrebbe considerarsi, del pari di quella di rivalutazione monetaria, una mera posta rettificativa di valori attivi simbolici. La differenza starebbe nel fatto che mentre la riserva di rivalutazione monetaria ha un carattere meramente formale quella di rivalutazione economica rimanda ad aspettative attive che potrebbero trovare concreta realizzazione all'atto della vendita o eliminazione dei valori attivi plusvalenti.

⁹⁰ Per gli aspetti fiscali si rinvia al paragrafo sulle riserve in sospensione di imposta.

⁹¹ Così Grillo R., *Le riserve di bilancio, tecnologia economica e giuridico-tributaria*, Milano 1967.

Secondo una diversa opinione⁹² per comprendere il fenomeno della rivalutazione economica occorre tenere presente che l'utile di bilancio, come risultato delle valutazioni dei cespiti patrimoniali, è indipendente dall'effettiva realizzazione del patrimonio. In quest'ottica la differenza tra rivalutazione monetaria e rivalutazione economica viene a cadere e la rivalutazione arriva ad assumere il significato di nuova stima dei beni ai valori di mercato e, quindi, di un incremento del patrimonio netto. Nella misura in cui il saldo di rivalutazione sia soltanto numerico e non comporti un arricchimento per la società, esso viene contenuto nei limiti della rivalutazione del capitale sociale e delle riserve (come accadeva nelle prime leggi di rivalutazione, ad esempio, la legge n. 74 del 1952). Ma quando esso supera il valore del capitale e delle riserve allora rappresenta indiscutibilmente un utile di bilancio, distribuibile agli azionisti ed assoggettabile a imposizione.

Invero, punto fermo della questione può considerarsi solo il fatto che quella di rivalutazione è una vera e propria, sebbene speciale, riserva, nel senso che essa non può essere una semplice posta di rettifica dell'attivo perché altrimenti si avrebbe soluzione di continuità tra i bilanci. Del resto anche dal punto di vista formale essa deve essere costituita per legge a fronte dei saldi attivi risultanti⁹³.

La specialità della riserva di rivalutazione sta nel fatto che, nonostante sia disponibile per la distribuzione, essa è assoggettata alla procedura prevista per la riduzione del capitale esuberante (anche se decide l'assemblea ordinaria). Inoltre, se si verificano perdite, non si possono distribuire utili sinché la riserva non è ridotta o reintegrata in misura corrispondente, ancora con rinvio alla disciplina del capitale. Da ciò la dottrina⁹⁴ ha desunto (e questa appare oggi l'opinione prevalente) la natura di riserva di capitale dei saldi attivi di rivalutazione. Essa, tuttavia, a differenza del capitale, è caratterizzata da una relativa mobilità tra i fondi del netto patrimoniale. Perciò si è anche parlato di riserva di "quasi capitale", per intendere che la sua distribuibilità è comunque assoggettata alla disciplina dei conferimenti.

⁹² Rossi G., *Utile di bilancio, riserve, dividendo*, Milano 1957. L'Autore ritiene che l'utile di bilancio non sia un provento derivante da operazioni sociali ma un arricchimento proveniente da una variazione del patrimonio.

⁹³ Così Tantini G., *Capitale e patrimonio nelle società per azioni*, Padova 1980.

⁹⁴ Tantini G., *Capitale e patrimonio nelle società per azioni*, op. cit.; Cera M., *Il passaggio di riserve a capitale*, Milano 1988; Costa C., *Le riserve nel diritto delle società*, Milano 1984.

L'imputabilità al capitale, con conseguente attribuzione ai soci di azioni gratuite, è inoltre, espressamente prevista nelle leggi di rivalutazione, col che si verifica l'imputazione a capitale di una parte di patrimonio prima liberamente disponibile per altri scopi. Ciò che il legislatore vuole intendere con questa particolare disciplina è la necessità di mantenere i saldi attivi di rivalutazione all'interno della società. Ne deriverebbe allora anche la possibilità di imputarli alla riserva legale o ad altre riserve del netto.

Il problema dei **versamenti spontanei dei soci**, non imputati a capitale (c.d. apporti fuori capitale), viene generalmente impostato chiedendosi se tali operazioni siano assimilabili al mutuo ovvero al conferimento⁹⁵. Si tratta di fattispecie che non trovano una precisa disciplina giuridica. A tal riguardo va però precisato che in passato la disciplina tributaria di tali versamenti sembrava sopperire alle carenze normative in ambito civilistico⁹⁶, pur creando molteplici problemi interpretativi.

Dal punto di vista funzionale, nella pratica, essi sono generalmente diretti o a fornire ulteriori mezzi per lo svolgimento dell'attività sociale, oppure a copertura di perdite, per evitare, tendenzialmente, la procedura prevista dagli artt. 2446, 2447 c.c. per le Spa e 2482 bis, 2482 ter c.c. per le Srl, ossia la sola riduzione, o la riduzione e contemporanea reintegrazione del capitale, qualora sceso sotto il minimo legale.

Dal punto di vista giuridico, il tratto comune di queste fattispecie è costituito dal nascere esse da un accordo tra i soci, dall'avere cioè natura giuridica pattizia. Il titolo e la causa di tali versamenti vanno ricercati in un negozio atipico espressione dell'autonomia dei privati. In siffatte operazioni non può dunque riconoscersi alcun carattere propriamente sociale, ma al più parasociale: esse mantengono quindi un valore giuridico tipicamente individuale, coinvolgendo non già l'intera collettività dei soci, ma solo coloro che, concretamente, decidano di prendervi parte⁹⁷.

⁹⁵ Tale problema sembra riguardare quasi esclusivamente le società a ristretta base azionaria, nelle quali soltanto sono possibili accordi tra i soci di contribuire, proporzionalmente alla rispettiva partecipazione, alla formazione di mezzi propri non imputati a capitale.

⁹⁶ Lo aveva rilevato Falsitta G., in *Il bilancio di esercizio delle imprese. Interrelazioni tra diritto civile e tributario*, Milano 1985, secondo il quale, queste fattispecie dimostrano che il diritto tributario può colmare le lacune del diritto civile, suscitando le critiche di altri Autori, ad esempio, Ferro – Luzzi, *I versamenti in conto capitale*, in *Giur.comm.*, 1981, II, p.895, il quale riteneva che, in assenza di norme espresse, la normativa civilistica non potesse essere integrata da quella tributaria.

⁹⁷ Sul punto la dottrina è unanimemente d'accordo. Per tutti, Tantini G., *Capitale e patrimonio nelle società per azioni*, op. cit., p. 128 ss. L'Autore evidenzia (p. 136) che "i contributi dei soci, infatti,

Invero, ciò dovrebbe indurre, da un lato, a ridimensionare il problema della loro eventuale non proporzionalità (che potrebbe spingere a ritenere tali versamenti come liberalità a favore della società⁹⁸), e, dall'altro, a negare una loro rappresentazione contabile che appare incompatibile con tale carattere individuale: questo vuol dire che non solo non sarebbe possibile una loro diretta imputazione a capitale sociale⁹⁹, ma nemmeno ricomprenderli nell'ambito del patrimonio netto, sottoponendoli alla disciplina delle riserve¹⁰⁰.

Tuttavia, proprio la rappresentazione contabile rimanda alla necessità di distinguere tra quelli che sono veri e propri finanziamenti alla società (che si caratterizzano per la sussistenza in capo al socio che ha versato di un diritto alla restituzione nei confronti della società) e quelli che invece sono veri e propri apporti patrimoniali (come i versamenti a fondo a perduto), i quali si caratterizzano per la rinuncia definitiva al credito nei confronti della società: distinzione che si rivela prettamente funzionale. In altri termini, i contributi in parola, sulla base della loro funzione economica, possono essere, nonostante la loro natura giuridica atipica e individuale, ricondotti alla partecipazione sociale, ad una figura cioè tipica e dal carattere collettivo. Invece, essi dovrebbero sempre considerarsi giuridicamente prestati alla società (laddove si accetti l'idea di una terzietà dei soci rispetto alla società o, meglio, di una reale alterità tra soci e società, che consenta di ravvisare l'instaurarsi di rapporto di credito-debito), a prescindere dalla rinuncia alla restituzione.

attengono, ad un nuovo patto tra i soci stessi, che ha le medesime caratteristiche del contratto sociale, ma che riguarda esclusivamente la capacità dispositiva dei singoli, non già della società o dei suoi organi”.

⁹⁸ Sul punto, però, la dottrina ha escluso che il versamento spontaneo costituisca un atto liberalità a favore della società, o degli altri soci che non hanno contribuito, o che hanno contribuito in proporzione diversa. Ciò perché il socio, che abbia inteso incrementare i mezzi propri della società, o ripianare le perdite, ha sempre l'aspettativa dei vantaggi (in termini di utili o di quota di liquidazione) che possono derivare dall'operazione. Il che è tanto più palese in caso di ripianamento delle perdite, poiché, nonostante, l'azzeramento contabile, potrebbero esistere valori non espressi che consentirebbero di dar luogo ad un riparto in caso di liquidazione. Cfr Tantini, op. cit. p. 141.

⁹⁹ Questa circostanza viene anche letta in dottrina come una sorta di sanzione indiretta per indurre la società a proporzionare adeguatamente il rapporto tra capitale e versamenti (almeno per quelli a fondo perduto).

¹⁰⁰ In tal senso Ferri G. Jr, *Investimento e conferimento*, Milano 2001, p. 521. Secondo l'Autore, i versamenti spontanei dovrebbero emergere contabilmente tra i debiti della società, eventualmente indicando in una voce separata quelli che presentano una funzione di investimento.

Invero, secondo un'autorevole opinione¹⁰¹, se si reinterpreta lo stesso conferimento come autofinanziamento¹⁰² dei soci, siffatta distinzione tra investimento tipico (il conferimento) e investimento atipico (i versamenti dei soci) viene a cadere.

Sotto il profilo funzionale è, tuttavia, innegabile che alcune fattispecie di versamento appaiano prossime alla figura del conferimento e altre no: si tratta dei versamenti per così dire prodromici all'investimento tipico, come i versamenti in conto futuro aumento di capitale. Questi ultimi vengono effettuati in vista di una loro "conversione", e dunque di una modificazione della loro forma, da atipica, che li caratterizza nel momento dell'esecuzione, a tipica, che assumono nel momento successivo di aumento concreto del capitale sociale. L'affinità funzionale rispetto ai conferimenti si coglie nel fatto che la rinuncia alla restituzione non è definitiva, come invece avviene nei versamenti a fondo perduto: siffatta rinuncia appare temporanea e condizionata alla conversione in capitale. Quando tale conversione si verifica allora la restituzione avverrà nelle forme del conferimento. Se ciò non avviene allora le relative prestazioni dovranno essere restituite, ovviamente a chi le abbia effettuate.

Si deve notare che questa interpretazione conduce a non classificare i versamenti a fondo perduto come affini al conferimento, ma come più vicini (analogamente a quelli a copertura di perdite e a quelli genericamente definiti in conto capitale) alla figura della sovvenzione¹⁰³. Infatti sia nei versamenti a fondo perduto sia in quelli a copertura delle perdite, la rinuncia alla restituzione appare definitiva¹⁰⁴. Ma anche nei versamenti genericamente in conto capitale appare ravvisabile questa funzione di sovvenzione perché essi possono considerarsi come un genere a cui si riconduce la specie dei versamenti a copertura di perdite. Tuttavia, occorre in questa fattispecie indagare la reale volontà dei soci in questo senso di rinuncia definitiva alla restituzione. Ove manchi una tale volontà, si tratta allora di verificare se i soci che hanno effettuato tali versamenti possano considerarsi creditori sociali a tutti gli effetti e quindi concorrere su

¹⁰¹ Ferri G. Jr, Investimento e conferimento, op. cit. p. 510 e ss. Il conferimento inteso come investimento comporta, giuridicamente, una riqualificazione dello stesso come finanziamento che determina: il diritto alla restituzione del credito, sebbene il socio rinunci alla sua immediata esigibilità; il nascere di un mero dovere pecuniario e non di una vera e propria obbligazione; l'inesistenza di una remunerazione sottoforma di interesse, non risultando quest'ultima tipica delle operazioni finanziarie (fa eccezione il mutuo, ma solo perché si tratta di una figura contrattuale peculiare di finanziamento in senso stretto, in cui sussiste una reale alterità tra creditore e debitore).

¹⁰² Ossia come un investimento (che formalmente prende la veste giuridica di finanziamento) a favore dei soci stessi. Sul punto si rinvia al cap. III, p. 15.

¹⁰³ Ferri G. Jr, op cit. p. 533.

¹⁰⁴ Non si tratta in ogni caso di liberalità come visto più sopra.

un piano di assoluta parità con gli altri creditori sociali, ovvero ritenersi postergati rispetto ai secondi.

In altri termini, ove il versamento configuri una sovvenzione, caratterizzata dalla rinuncia definitiva alla restituzione, non può parlarsi di conferimento nel senso di investimento.

In tutti questi casi il versamento viene, contabilmente imputato al patrimonio netto, ma solo perché non sussiste alcun debito di restituzione in capo alla società e non perché il versamento abbia un valore giuridico organizzativo e meta individuale.

Il conferimento come atto organizzativo porta invece ad una soluzione diversa: tutti i versamenti sono assimilabili, sotto il profilo funzionale, ai conferimenti perché comportano un apporto definitivo di risorse alla società, non assoggettato però allo stesso vincolo del capitale sociale¹⁰⁵. Per assoggettarli a tale vincolo occorre che vi sia una volontà espressa in tal senso. Proprio sotto il profilo della volontà debbono distinguersi dagli altri i versamenti in conto aumento capitale, dove la sottoposizione dell'ammontare versato al vincolo del capitale sociale dipende dall'effettiva delibera ed esecuzione dell'aumento di capitale mediante l'imputazione della relativa riserva: ove questa manchi il socio avrà diritto alla restituzione.

Sotto il profilo giuridico, invece, tutti i versamenti (eccetto quelli a copertura di perdite) manterrebbero il carattere di prestiti (sia pure infruttiferi e senza scadenza), salvo poi verificare l'intento reale del socio che ha versato¹⁰⁶.

Il problema dell'interpretazione della volontà non si pone, in effetti, per i versamenti a copertura di perdite, i quali senz'altro devono ritenersi definitivamente acquisiti alla società, proprio perché istantaneamente ed irreversibilmente imputati all'assorbimento delle perdite.

Dal punto di vista contabile tutti i versamenti vengono imputati al patrimonio sottoforma di riserve, dando quindi rilievo al profilo funzionale della fattispecie. Tuttavia, per i versamenti in conto futuro aumento di capitale, la circostanza che i soci

¹⁰⁵ È del tutto ammesso, sotto il profilo del rischio, che il socio rinunci al beneficio della sua limitazione e quindi della partecipazione alle perdite: egli, così come rischia di perdere un apporto (come il sovrapprezzo) fuori capitale effettuato prima del verificarsi di perdite, altrettanto può rischiare di più di quanto conferito dopo che tali perdite si sono verificate. Cfr Tantini, op cit. p.126.

¹⁰⁶ Sul punto anche Cera M., Il passaggio di riserve a capitale, op. cit., p. 146, il quale afferma che "potrebbe darsi l'ipotesi di un versamento effettuato da un singolo socio e ad uno scopo specifico (ad esempio far fronte ad una improvvisa esigenza finanziaria): in tal caso sarebbe arduo ritenere, sempre beninteso in mancanza di chiari elementi di prova in senso contrario, che il socio abbia inteso effettuare un conferimento a titolo definitivo a favore della società".

che li hanno effettuati conservino il diritto alla restituzione dovrebbe comportare una loro contabilizzazione come debito della società. Evidentemente la successiva delibera di aumento del capitale dovrebbe considerarsi a pagamento e perciò provocare una compensazione tra credito del socio alla restituzione e debito da sottoscrizione dell'aumento¹⁰⁷. Infatti, non possono considerarsi fondi disponibili per l'imputazione gratuita a capitale, né possono utilizzarsi per la copertura di perdite perché vincolati ad una specifica destinazione.

Invero, ogni versamento dei soci richiederebbe una verifica, non solo della volontà, ma anche delle modalità e delle eventuali condizioni del versamento, non potendosi stabilire in astratto che questo rappresenti un apporto. Pertanto, quando il contributo, sul piano concreto, si configura come un finanziamento, dovendo alimentare una posta del passivo, l'aumento successivo del capitale potrà avvenire solo mediante compensazione. Ciò non toglie che, dal punto di vista pratico, in caso di delibera di aumento mediante imputazione dei versamenti assunta all'unanimità, si potrebbe ritenere sussistere una rinuncia implicita dei soci interessati alla restituzione, il che si tradurrebbe in una sopravvenienza attiva per la società e il relativo fondo diverrebbe imputabile a capitale.¹⁰⁸

Per quanto riguarda la disciplina applicabile ai versamenti che si configurano come apporti, alcuni Autori¹⁰⁹ hanno ritenuto che vi si potesse applicare la disciplina della riserva sovrapprezzo azioni o anche della riserva legale. In realtà si tratterebbe di una parte di patrimonio assolutamente libera da vincoli di disponibilità del tutto analoga a quella corrispondente alle riserve generiche, a meno che i soci non l'abbiano convenzionalmente assoggettata a determinati regimi giuridici. Non vi sono, in altri termini ragioni per assoggettare riserve del tutto volontarie ad un regime giuridico legale.

Dal punto di vista tributario¹¹⁰, da un lato (quello dei soci che versano) l'art. 46 del TUIR sancisce che "Le somme versate alle società commerciali e agli enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera b), dai loro soci o partecipanti si considerano date a

¹⁰⁷ Si veda infra, paragrafo sulla disponibilità delle riserve.

¹⁰⁸ Cera M., Il passaggio di riserve a capitale, op. cit. p. 148.

¹⁰⁹ Costa C., Le riserve nel diritto delle società, Milano 1984. Contra Cera M., Il passaggio di riserve a capitale, op. cit.

¹¹⁰ Si rinvia al cap. III per quanto riguarda il problema della tassabilità dei contributi dei soci aventi per oggetto beni o crediti.

mutuo se dai bilanci o dai rendiconti di tali soggetti non risulta che il versamento è stato fatto ad altro titolo”; dall’altro (quello della società) l’art. 88, comma 4, del TUIR, dispone: “Non si considerano sopravvenienze attive i versamenti in denaro o in natura a fondo perduto o in conto capitale alle società e agli enti di cui all’articolo 73, comma 1, lettere a) e b), dai propri soci e la rinuncia dei soci ai crediti (...)”.

Il disposto dell’art. 46 consente di escludere la presunzione di cui all’art. 45, comma 2, che prevede che, per i capitali dati a mutuo, gli interessi, salvo prova contraria, si presumono percepiti alle scadenze e nella misura pattuite per iscritto, o altrimenti al saggio legale¹¹¹.

L’ammontare dei versamenti a fondo perduto e in conto capitale (ma non di quelli diretti a copertura delle perdite) ha effetto sul valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione: esso va, infatti, ad aggiungersi al costo dei titoli e delle quote¹¹².

¹¹¹ L’art. 43 del d.P.R. n. 597 del 1973 escludeva la configurabilità in capo ai soci del diritto agli interessi nella misura del tasso legale qualora si verificassero diverse condizioni concomitanti: 1. che i versamenti dei soci fossero in conto capitale, e quindi non fossero destinati ad un successivo aumento di capitale; 2. che la società fosse costituita nei tipi di cui all’art. 2200 c.c., con esclusione quindi delle società di fatto ed irregolari e delle società semplici; 3. che i versamenti fossero proporzionali alle quote di partecipazione; 4. gli stessi fossero effettuati sulla base di una formale deliberazione. Bastava che una soltanto di dette condizioni non verificasse per far scattare la presunzione di fruttuosità e far considerare il versamento un finanziamento. I requisiti posti dal legislatore tributario non apparivano congrui dal punto di vista civilistico, e ciò in conseguenza della non completa chiarificazione, in ambito civilistico, della natura e degli effetti dei versamenti in parola. La ratio del requisito della proporzionalità era da ricercarsi nella necessità di assicurare che i soci, in sede di formazione del patrimonio fuori capitale, mantenessero la proporzione della loro partecipazione, ma ciò non trovava riscontro nella normativa dettata in ambito privatistico, dove sono richiamati a tal fine gli istituti del diritto di opzione e del sovrapprezzo ma nulla è detto per i versamenti spontanei dei soci, salvo il disposto diretto ad assicurare, in caso di recesso o liquidazione della società, il diritto del socio a realizzare il valore effettivo della propria quota. Per quanto riguarda la necessità di una formale deliberazione, essa rispondeva all’esigenza, tutta tributaria, della predisposizione di un atto societario che indicasse espressamente l’imputazione dei versamenti dei soci al patrimonio netto, escludendo, pertanto, il loro transito per il conto economico. Questo è stato il punto più criticato in dottrina perché i contributi dei soci derivano non da un atto sociale ma da un accordo tra gli stessi di natura parasociale. La delibera non può avere l’effetto di obbligare i soci a versamenti ulteriori rispetto a quanto conferito e può solo avere valore prodromico o di ratifica dell’accordo intervenuto tra i soci, potendo quest’ultimo seguire o precedere la delibera stessa, ma mai risultare dovuto in base alla delibera stessa. L’attuale disposizione fiscale indica che il legislatore ha, da un lato, rinunciato a conformare l’istituto dei versamenti in base a criteri di natura tributaria e, dall’altro, operato un rinvio ricettizio all’istituto civilistico. È evidente che la qualificazione formale attribuita in bilancio a tali versamenti può essere disattesa nella misura in cui essa non rifletta la realtà economica: l’analisi sostanziale della causa del negozio di attribuzione e della funzione degli stessi esclude che sia vincolante il nomen juris; quindi anche se il contratto fosse titolato “di mutuo” o “di finanziamento”, si dovrebbe poter escludere che esso sia tale se sussistono i requisiti per identificare la fattispecie di versamenti destinati al patrimonio netto.

¹¹² Così recita l’art. 94, comma 6, per le partecipazioni e i titoli non immobilizzati, il comma 7 dell’art. 94 per gli strumenti finanziari partecipativi, l’art. 101, comma 2 (che fa rinvio al 94) per quelli non immobilizzati.

Per le società soggette al regime della trasparenza, l'art. 101, comma 7, precisa che non è ammessa la deduzione in capo al soggetto erogante delle somme in parola. La disposizione non ha riproposto il contenuto del vecchio art. 66, comma 5, del TUIR, ante riforma del 2004, che, invece, sanciva in via generale il principio per cui tali somme non possono essere dedotte dal soggetto erogante, così come non possono considerarsi (simmetricamente) sopravvenienze attive per la società che le riceve (art. 88, comma 4, ex art. 55 comma 4, TUIR). La ragione è evidente: una volta stabilito che l'effetto è di natura patrimoniale, ossia è limitato alla variazione del valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione o del titolo detenuto dal soggetto erogante, è inutile parlare di costo deducibile: il costo subito dall'erogante assume sì rilievo fiscale ma in via postergata al momento del realizzo della partecipazione. Anche contabilmente l'operazione è trattata come variazione del valore della partecipazione per l'erogante, dal momento che per il ricevente va imputata al patrimonio netto.¹¹³

Per quanto riguarda il disposto dell'art. 88, comma 4, si deve osservare che la precisazione “non costituiscono sopravvenienze attive i versamenti in denaro o in natura fatti a fondo perduto o in conto capitale alle società e agli enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a) e b), dai propri soci e la rinuncia dei crediti ai soci”, serve ad escludere dal reddito di impresa imponibile somme che, sotto il profilo tributario, sono percepite come un arricchimento per il soggetto ricevente, così come i sovrapprezzi.

Va, infine, evidenziato che i versamenti a copertura di perdite (ex art. 61, comma 5, vecchio TUIR), fino alla riforma fiscale del 2003 erano ammessi (nonostante contabilmente se ne prevedesse la patrimonializzazione), alternativamente alla patrimonializzazione, in deduzione per il soggetto erogante. Sulla mancata riproposizione di tale parte della norma la dottrina ha avuto modo di osservare che la possibilità ammessa in passato di dedurre l'eccedenza corrispondente al deficit patrimoniale (c.d. sottozero) poteva rispondere all'esigenza sistematica che il patrimonio di terzi non risultasse definitivamente decurtato dalla gestione deficitaria della società partecipata; in altri termini, è come se il socio intervenisse direttamente accollandosi i debiti della partecipata in deficit e, per tale via, contribuisse a reintegrare la distruzione di una ricchezza altrui (cioè del resto del sistema)¹¹⁴.

¹¹³ Cfr Principio contabile OIC 20 – Titoli.

¹¹⁴ Così Stevanato D., Il versamento dei soci a ripianamento del deficit patrimoniale, in *Dialoghi di diritto tributario*, n. 7-8, 2005, p.1011.

Secondo la prassi amministrativa, invece, la mancata riproposizione di quella disposizione voleva soltanto confermare il principio sancito nel nuovo sistema della irrilevanza fiscale di tutte le svalutazioni¹¹⁵.

Per quanto riguarda le **riserve di utili**, occorre prima chiarire la nozione civilistica di utile e distinguerla da quella di dividendo¹¹⁶.

Il significato dell'espressione "utili" non è univoco. Si possono chiamare utili sia quelli d'esercizio, sia quelli complessivi emergenti dallo stato patrimoniale. In quest'ultimo caso si parla più propriamente di utile di bilancio. Secondo Rossi, utile di bilancio è quello che può formare oggetto, dedotta la parte che deve andare a riserva legale e statutaria e quella spettante alle varie partecipazioni agli utili, della delibera di distribuzione, e può dunque essere tanto distribuito quanto accantonato. L'utile di bilancio non è solo il frutto della gestione annuale, ma riflette tutto l'andamento economico passato della società ed in parte anche le valutazioni rispetto alla prosperità futura della società. Dunque esso è maggiore dell'utile periodico d'esercizio e corrisponde ad ogni incremento di valore del patrimonio, rispetto al capitale, realmente conseguito. L'eccedenza di valori del patrimonio netto sul capitale sociale può derivare oppure no da operazioni sociali; pertanto è utile di bilancio sia quello che deriva dalle valutazioni che non eccedono i limiti posti dal legislatore civilistico, che si presume consentano di mantenere integro il capitale sociale, sia ogni forma di sopravvenienza attiva (sovrapprezzi azionari, rivalutazioni economiche e monetarie ed anche lasciti ed eredità) e di plusvalenza.

Come precisato da Colombo, l'utile d'esercizio (che si può definire come differenza tra patrimonio sociale all'inizio dell'esercizio e patrimonio sociale al termine dell'esercizio) non comprende, invece, gli eventuali conferimenti, imputati o no a capitale. Esso coincide col risultato del conto economico dell'esercizio: conto nel quale non trovano iscrizione gli aumenti di capitale, i versamenti dei soci, i contributi in conto capitale, il sovrapprezzo ed altri analoghi incrementi del patrimonio a titolo di apporto. Tuttavia, a formare il saldo del conto economico concorrono tanto perdite e oneri

¹¹⁵ Risoluzione 11 luglio 2005, n. 90/E.

¹¹⁶ Si fa riferimento nel proseguo a Colombo G.E., Bilancio d'esercizio e consolidato, in AAVV, Trattato delle società per azioni, diretto da Colombo G.E. e Portale G.B., Torino, 1994 ed a Rossi G., Utile di bilancio, riserve e dividendo, Milano 1957.

quanto proventi non dipendenti dalla gestione. Quindi ciò che è certo è che non vi è coincidenza tra utile dell'esercizio e utile della gestione.

In questa accezione, l'utile di bilancio comprende, oltre all'utile di esercizio, le riserve da utili precedentemente accantonati (compresi gli utili riportati a nuovo), al netto di perdite non ancora coperte (e non le riserve di capitale). Ma in un significato più ampio ben può comprendere tutto il supero dell'attivo rispetto al capitale sociale, e quindi anche le riserve non da utili.

Si tratta di nozioni che possono avere tutte rilevanza giuridica, sebbene la nozione in gran parte accolta dalle norme sia quella di utile dell'esercizio.

In particolare, per quanto qui interessa, all'utile di esercizio (utili netti annuali) si riferisce la legge laddove dispone l'obbligo dell'accantonamento a riserva legale, perché gli utili di precedenti esercizi hanno già concorso alla formazione di detta riserva. Sono utili di esercizio "gli utili realmente conseguiti e risultanti dal bilancio regolarmente approvato" quelli di cui parla l'art. 2433, comma 2, c.c., trattandosi di utile che non può essere distribuito se il capitale è intaccato da perdite (comma 3 dello stesso articolo). Occorre, a tal riguardo, distinguere dal concetto di utile di esercizio (inteso come utile distribuibile) quello di dividendo: questa nozione dovrebbe essere limitata soltanto alla distribuzione di quell'utile. In altri termini, la distribuzione di riserve (sia costituite con utili, sia costituite con apporti) non dovrebbe mai dar luogo ad un dividendo, sebbene nella pratica si parli di dividendo per indicare tutto ciò che, potendosi distribuire, si decida di distribuire. In effetti, non appare contestabile l'irripetibilità (dettata per il dividendo) delle somme percepite in buona fede dai soci in base alla delibera di distribuzione anche di somme prelevate da riserve disponibili, oltre che dagli utili di esercizio distribuibili.

In ogni caso, la distinzione tra utili dell'esercizio e utili di bilancio assume un'importanza rilevante se si pensa al diverso trattamento spettante agli azionisti privilegiati, o di risparmio, a seconda che si distribuiscano utili dell'esercizio o riserve: infatti, il privilegio è limitato agli utili netti risultanti dal bilancio e non anche al riparto di riserve.

Nell'occuparsi della destinazione dell'utile di esercizio (saldo del conto economico) a riserve, occorre tener presente che esso è un'entità ideale o contabile, nel senso che non trova fisicamente corrispondenza in mezzi liquidi della società; pertanto, quando si

parla di destinazione degli utili non si intende un prelievo materiale di mezzi monetari e lo specifico investimento in beni particolari, bensì l'assoggettamento di un'aliquota del patrimonio netto ad una specifica disciplina. In alcuni casi la destinazione è obbligatoria come per la riserva legale¹¹⁷, la quale è assoggettata a vincolo di indisponibilità fino a che essa non raggiunge il quinto del capitale sociale. Invero, alla formazione di tale riserva possono essere destinate anche parti del patrimonio netto diverse dagli utili: per esempio, la riserva sovrapprezzo azioni, i versamenti di soci non imputati a capitale, le riserve di rivalutazione dei beni di impresa.

Un'altra destinazione "obbligatoria" degli utili di esercizio può derivare anche da clausole statutarie: in questo caso il vincolo di destinazione è indicato nello statuto, pertanto, la riserva potrà essere intaccata solo per realizzare lo scopo a cui è destinata. Quando però una destinazione specifica non sia indicata, la sua funzione, si ritiene, sia quella di protezione del capitale contro le perdite, perciò rimarrà intangibile fino a che venga intaccata da perdite, a meno che l'assemblea straordinaria ne disponga una diversa utilizzazione.

A prescindere da clausole statutarie, l'assemblea che delibera sulla distribuzione degli utili ai soci può decidere l'accantonamento di utili a riserva, con o senza destinazione specifica: si parla in tal caso di riserve facoltative destinate a protezione del capitale dalle perdite. Il problema principale che tali riserve pongono riguarda il limite alla discrezionalità dell'assemblea per la loro costituzione, in relazione al diritto del socio agli utili. Le opinioni dottrinali al riguardo si sono modificate nel tempo: da coloro che ritenevano non esistente affatto un tale diritto, a coloro che invece hanno parlato di "diritto al dividendo". Questa ultima espressione indica l'inesistenza in capo all'assemblea del potere di sospendere o di limitare nel quantum l'oggetto della distribuzione. Una teoria intermedia parla, invece, di diritto dell'azionista alla periodica distribuzione dell'utile, senza che ciò escluda il potere dell'assemblea di destinare parte degli utili a riserva. In effetti, può dirsi che esiste una normalità di distribuzione degli utili durante la vita della società sulla base del bilancio annuale: l'art. 2433 parla di distribuzione annua e l'art. 2350 c.c. evidenzia che il diritto agli utili non è destinato a

¹¹⁷ È discusso se si debba prima procedere alla copertura di perdite pregresse: la prevalenza dell'interesse dei creditori alla sollecita formazione della riserva, rispetto all'interesse dei soci alla distribuzione degli utili, farebbe propendere per la soluzione negativa. In effetti, il più elevato stanziamento a riserva legale non intacca il patrimonio, anzi ne vincola una maggior parte, perché le perdite di capitale non coperte impedirebbero ex art. 2433 c.c. la distribuzione di una corrispondente parte dell'utile residuo.

realizzarsi solo in occasione della liquidazione della società, ma anche durante la vita della società. Ne deriva che, da un lato, non esiste un diritto dell'azionista a che la società distribuisca tutto l'utile dell'esercizio e, dall'altro, l'assemblea non è priva di limiti nell'esercizio del suo potere deliberativo in ordine alla distribuzione degli utili, perché la regola desumibile dalla legge è che gli utili sono destinati alla distribuzione anche durante la vita della società. Nella pratica non è tuttavia facile stabilire quando vi sia eccesso di potere oppure violazione del principio di buona fede o di correttezza¹¹⁸.

Diversamente dalle riserve non da utili (riserve di capitale), che si iscrivono direttamente nel progetto di bilancio e non dipendono da eventi incerti o da valutazioni, le riserve da utili, traendo origine dall'approvazione del bilancio dell'esercizio e dalla successiva delibera di distribuzione degli utili, potranno iscriversi soltanto nel bilancio successivo. In effetti, l'esistenza di un utile di esercizio costituisce il risultato della valutazione di tutte le poste di bilancio: valutazione di cui il progetto di bilancio contiene solo una proposta, suscettibile o meno di essere approvata dall'assemblea.

Per l'approfondimento del concetto di dividendo e per le implicazioni fiscali si rinvia al capitolo II.

La nozione di utile fin qui esaminata si colloca nel contesto ante riforma del diritto societario. Con tale riforma, come noto, è stato rivoluzionato il concetto stesso di partecipazione sociale avendo il legislatore ampliato la nozione di capitale fino a ricomprendervi apporti riconducibili a strumenti finanziari variamente distinti in ordine a determinati profili come la partecipazione alle perdite, la subordinazione del diritto alla restituzione rispetto ai creditori sociali, la variabilità della remunerazione in funzione dell'andamento economico della società, il potere di concorrere all'assunzione delle decisioni amministrative, nonché la stabilità dell'attribuzione. Sembra che il legislatore della riforma abbia voluto tipizzare tutte quelle forme di investimento-finanziamento che già da tempo risultavano invalse nella prassi finanziari e che la dottrina aveva ricondotto alla formula del quasi capitale o capitale di mezzanino,

¹¹⁸ L'esistenza della regola della distribuzione periodica dell'utile aiuta a dire che un comportamento di sistematica esclusione della ripartizione in assenza di giustificazione alcuna è in contrasto col sistema. Ciò non implica che l'accantonamento a riserva sia lecito solo se si dimostri l'esistenza di esigenze sociali di autofinanziamento o che esso debba essere motivato, ma vuol dire che deve essere dimostrato l'interesse all'autofinanziamento, in mancanza del quale può parlarsi di abuso di potere. Tale dimostrazione comporta provare che non sono prevedibili concrete e prossime possibilità di sviluppo dell'impresa in misura corrispondente all'accantonamento operato e non basterà provare l'inesistenza attuale di necessità di investimento. Si comprende la difficoltà di una tale dimostrazione e la necessità di ricorrere contemporaneamente alla prova dell'intento extra sociale od oppressivo della maggioranza.

intendendo con tale espressione una categoria di fondi propri o di capitale di rischio fondata sulla sostanza economica del negozio piuttosto che sulla forma giuridica prescelta dalle parti. Il quasi capitale di rischio comprende rapporti finanziari che, pur formalmente ascrivibili al capitale di credito, in forza dell'esistenza di un espresso o implicito obbligo di restituzione in capo alla società, contribuiscono durevolmente allo svolgimento dell'attività di impresa o, comunque, sopportano in varia misura il rischio derivante da tale esercizio. Nel nuovo sistema, quindi, accanto al capitale di base o di primo livello (il patrimonio netto) si collocano passività convenzionalmente o legalmente subordinate o irredimibili le quali configurano una sorta di capitale supplementare o di secondo livello, il cui aspetto caratteristico risiede, sostanzialmente, nell'esposizione del finanziatore al rischio del mancato rimborso dei valori messi a disposizione della società.

In tale mutato quadro normativo, il concetto di utile rilevante come parametro per determinare le pretese dei titolari di strumenti finanziari, analogamente a quanto può dirsi nel caso dell'associazione in partecipazione, non è né quello di esercizio della società – che anzi i crediti relativi a tali strumenti contribuiscono a deprimere, dovendosi esso calcolare al netto delle pretese dei titolari degli strumenti finanziari – né, a maggior ragione, l'utile distribuibile; si tratta invece di utile dell'impresa, di utile cioè riferito all'andamento economico non della società ma dell'impresa ad essa relativa¹¹⁹.

In effetti l'utile di esercizio non rispecchia il profitto dell'impresa, ed invero bisognerebbe distinguere tra utile economico, vale a dire il sovraprofitto rispetto alla normale remunerazione del capitale impiegato, e utile in senso giuridico, vale a dire il mero profitto che a questo titolo viene ripartito tra i soci, nonché, in relazione in particolare al valore dei beni conferiti¹²⁰. Il profitto dell'impresa non risulta avere una propria disciplina giuridica come invece gli utili in quanto guadagno dei soci: infatti oggetto di regolamentazione giuridica non è il profitto della società imprenditrice, quanto semmai la sua distribuzione sotto forma di utile ai soci investitori¹²¹. Anche la disciplina della contabilità si limita a fissare i criteri per individuare il profitto ma non né dà la definizione giuridica. Ed invero, il bilancio sembra esaurire il suo significato nella registrazione dei fatti: così anche il profitto si riduce ad un fatto da registrare, in

¹¹⁹ Così, Ferri G. Jr, Fattispecie societaria e strumenti finanziari, in Riv.dir.comm., 2003, I, p.817.

¹²⁰ Di Sabato F., Capitale e responsabilità interna nelle società di persone 1967, p. 239.

¹²¹ In tal modo si esprime Ferri G. Jr; Investimento e conferimento, Milano 2001, p. 63.

relazione, non al soggetto come suo guadagno bensì al periodo storico (esercizio) nel quale viene suddivisa l'attività.

Nella disamina delle riserve di utili di rilevante interesse si presentano le **riserve da fair value**¹²².

L'utile distribuibile risultante dal conto economico è, come rilevato più sopra, solo quello effettivamente realizzato: la distribuzione di utili soltanto "sperati" potrebbe comportare, qualora essi non trovino in seguito effettiva realizzazione, la restituzione di parte del patrimonio ai soci e l'eventuale lesione dell'integrità del capitale sociale. Da qui la necessità di applicare il principio di prudenza nella rilevazione dei fatti aziendali. Ciò comporta che i plusvalori rispetto al costo iniziale sono iscrivibili in bilancio soltanto qualora essi risultino da scambi effettuati con terze economie e diano quindi origine ad entrate monetarie immediate o ad un diritto di credito. E' possibile derogare a questa regola in pochi specifici casi previsti legislativamente¹²³. Tuttavia, in questi casi la rilevazione di utili non realizzati non comporta il rischio di una loro distribuzione, poiché in relazione ad ognuno di essi il legislatore detta specifiche disposizioni miranti proprio ad evitare distribuzioni effettuate in violazione dell'art. 2433, comma 2, c.c.¹²⁴.

Questo quadro normativo ha subito una profonda modificazione in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. 38/2005.

I principi IAS/IFRS assegnano al bilancio di esercizio funzione esclusivamente informativa, funzionale esclusivamente a fornire un'informazione rilevante per le scelte

¹²² Nel prosieguo si fa riferimento allo studio di Strampelli G., Le riserve da fair value: profili di disciplina e riflessi sulla configurazione e la natura del patrimonio netto, in Riv. soc. 2006, 2-3, 243.

¹²³ L'art. 2423, co. 4 c.c., impone di derogare alle norme in materia di bilancio di esercizio qualora, in casi eccezionali, la loro applicazione risulti incompatibile con la clausola generale della rappresentazione veritiera e corretta. Esso è destinata a trovare applicazione in relazione alle sole disposizioni concernenti i criteri di valutazione. Un'ulteriore eccezione al principio di realizzazione dell'utile è stata introdotta, in sede di riforma del diritto societario, in relazione alle attività e passività in valuta (n. 8 bis) dell'art. 2426) che devono essere iscritte al tasso di cambio a pronti alla data di chiusura dell'esercizio. La rilevazione di plusvalori rispetto al costo storico può altresì derivare dalla previsione ex art. 2426 n. 4) c.c. che concede la facoltà di valutare le partecipazioni in società controllate e collegate, iscritte tra le immobilizzazioni, secondo il metodo del patrimonio netto. Anche le leggi di rivalutazione dei beni di impresa consentono (in deroga ai principi di redazione dettati dal codice civile) di adeguare il valore di iscrizione agli effetti della svalutazione monetaria e al mercato e comportano quindi l'emersione di plusvalori non effettivamente realizzati rispetto al costo di iscrizione.

¹²⁴ Nei casi indicati nella nota precedente il codice civile impone l'imputazione degli utili non realizzati ad una riserva "non distribuibile" sino al momento della loro effettiva realizzazione. Le stesse leggi di rivalutazione monetaria, pur non dettando un esplicito divieto come il codice civile, circondano di diverse cautele la distribuzione e l'utilizzo degli utili originati dalla loro applicazione.

degli investitori nel capitale di rischio e non pongono tra gli obiettivi dei conti annuali la determinazione dell'utile distribuibile, né attribuiscono ad esso il più generale rilievo organizzativo che il bilancio civilistico assume fungendo da parametro di riferimento per le decisioni dei soci concernenti la riduzione del capitale per perdite, l'aumento gratuito del capitale sociale, l'acquisto di azioni proprie e della società controllante.

In relazione a tale funzione informativa il bilancio di esercizio conforme agli IAS/IFRS deve rappresentare il valore effettivo del complesso aziendale (e dunque delle azioni rappresentative del capitale sociale). Pertanto, dispongono l'utilizzo (facoltativo o obbligatorio, a seconda delle diverse classi di attività) del criterio valutativo del fair value che, in base alla definizione riportata nei diversi principi IAS/IFRS, è rappresentato "dal corrispettivo al quale un'attività può essere scambiata o una passività estinta in una libera transazione tra parti consapevoli e disponibili". Il fair value, in quanto costituisce un'approssimazione del valore corrente delle attività, è determinato assumendo quale riferimento primo il valore di mercato del bene o, qualora quest'ultimo non sia oggetto di scambio in un mercato attivo o comunque di un numero significativo di transazioni, il valore di mercato di beni simili, rettificato per tener conto delle eventuali differenze esistenti rispetto al bene oggetto di valutazione. Là dove, infine, non sia possibile in alcun modo determinare il fair value in base al valore di mercato, è necessario ricorrere a modelli e tecniche alternative di valutazione¹²⁵.

L'iscrizione di valori superiori al costo iniziale, consentita dalle vigenti norme del codice civile soltanto in casi eccezionali o in relazione a specifiche poste dell'attivo, diviene dunque sistematica, quale fisiologica conseguenza del criterio adottato per la valutazione delle attività e rende il bilancio di esercizio strutturalmente inidoneo ad assolvere alla funzione di determinazione dell'utile distribuibile. Ciò spiega l'intervento

¹²⁵ Nel caso degli strumenti finanziari, ad esempio, qualora il fair value non possa essere determinato facendo riferimento al valore di mercato, è necessario utilizzare "modelli e tecniche di valutazione generalmente accettati", i quali, secondo le indicazioni provenienti dallo IAS 39, sono rappresentati dai modelli valutativi basati sull'attualizzazione dei flussi di cassa o sul calcolo del valore delle opzioni finanziarie. Di converso, nel caso delle immobilizzazioni materiali ed immateriali impiegate stabilmente nell'attività d'impresa e degli strumenti finanziari inclusi nella categoria "disponibili per la vendita", poiché la loro destinazione ne fa presupporre la durevole permanenza nel patrimonio sociale, i principi contabili internazionali, pur imponendo comunque l'emersione dei plusvalori ad essi relativi, al fine di evidenziare nello stato patrimoniale l'effettivo valore del complesso aziendale, escludono il concorso dei medesimi alla determinazione del risultato di periodo, in quanto è improbabile che la società proceda, entro breve termine, alla conversione degli eventuali incrementi di valore in entrate monetarie mediante la cessione di tali attività.

del legislatore (attuato col dlgs n. 38 del 2005) diretto a preservare la funzione organizzativa del bilancio di esercizio.

Secondo i principi IAS/IFRS, le plusvalenze derivanti dall'utilizzo del fair value sono oggetto di diverso trattamento contabile a seconda delle attività alle quali esse si riferiscono. Nel caso in cui esse siano relative alle immobilizzazioni materiali (esclusi gli immobili detenuti a fini di investimento) ed immateriali ed agli strumenti finanziari inclusi nella categoria "disponibili per la vendita", le plusvalenze sono imputate (secondo le previsioni dettate dagli IAS 16, 38, 39) direttamente ad una specifica riserva senza transitare previamente dal conto economico ed incidere sulla formazione del risultato di esercizio. Il trattamento contabile previsto è pertanto coincidente con quello dettato dal legislatore nazionale per i plusvalori derivanti dall'attivazione della deroga ex art. 2423, co. 4 c.c. e dall'applicazione delle leggi di rivalutazione monetaria.

Sono, invece, imputate a conto economico e concorrono a determinare il risultato di periodo le plusvalenze, ad esempio, derivanti dalla valutazione al fair value degli immobili detenuti a fini di investimento (IAS 40)¹²⁶, degli strumenti finanziari detenuti a fini di trading (denominati dallo IAS 39 "al fair value (valore equo) rilevato a conto economico").

In linea di massima i plusvalori da fair value sono imputati a conto economico e concorrono alla determinazione del risultato di esercizio soltanto quando relativi a categorie di attività detenute a fini di investimento o comunque non strumentali all'esercizio dell'impresa sociale¹²⁷.

Il legislatore nazionale, col dlgs n. 38 del 2005, al fine di neutralizzare gli effetti derivanti dall'adozione dei principi contabili internazionali e di preservare, così, il rilievo organizzativo del bilancio di esercizio, ha precisato il regime di distribuibilità e disponibilità delle riserve movimentate in contropartita diretta alla valutazione al fair value di alcune categorie di attività, ed ha vietato la distribuzione dei plusvalori da fair

¹²⁶ Questi plusvalori non sono fiscalmente rilevanti perché trattasi di "componenti valutative per le quale restano applicabili le regole dell'IRES che disconoscono la rilevanza delle valutazioni di tali beni". Cfr relazione illustrativa al decreto del Ministero delle finanze 1 aprile 2009, n. 48, attuativo della disciplina fiscale per la determinazione del reddito imponibile dei soggetti IAS adopter.

¹²⁷ In tal caso, infatti, è probabile (in linea teorica) che plusvalori derivanti dall'utilizzo del fair value possano trovare definitiva realizzazione entro breve termine, in quanto si riferiscono a beni non impiegati nel processo produttivo e perciò potenzialmente cedibili in ogni momento.

value imputati a conto economico, così da evitare che gli stessi fossero ripartiti tra i soci in violazione dell'art. 2433, comma 2 c.c.¹²⁸

Ciò detto occorre precisare se tali componenti del netto abbiano effettivamente natura di riserva o costituiscano piuttosto mere poste rettificative dei valori esposti nell'attivo dello stato patrimoniale. Esse sono infatti qualificabili come riserve soltanto là dove siano disponibili per almeno uno degli utilizzi previsti dal codice civile, ovvero la distribuzione ai soci, l'aumento gratuito di capitale, la copertura delle perdite

Nonostante le restrizioni al loro utilizzo per la distribuzione e l'imputazione a capitale, le poste del netto cui sono imputati i plusvalori da fair value hanno comunque natura di riserva per effetto della previsione ex art. 6, comma 5 del d.lgs. 38/2005, che ne consente l'impiego per la copertura delle perdite, sebbene possano essere utilizzate a tal fine soltanto dopo che le perdite abbiano eroso tutte le altre riserve (inclusa quella legale) e debbano essere ricostituite mediante imputazione degli utili degli esercizi successivi qualora esse siano state intaccate dalle perdite.

L'utilizzabilità di una posta del netto in caso di perdite è il criterio determinante per attribuire o meno alla stessa natura di riserva, poiché se una posta non è soggetta a riduzione per effetto di perdita, ciò significa che essa non fa parte del netto.

Il regime delle riserve da fair value (finché non si liberano per effetto della realizzazione dei plusvalori ad esse imputati) è quindi più restrittivo di quello della riserva legale.

La previsione ex art. 6, comma 5 assume un fondamentale rilievo "sistematico" in quanto non soltanto consente di attribuire a tali poste del netto natura di riserva ma

¹²⁸ L'art. 6 del d.lgs. 38/2005 prevede, anzitutto, che le riserve (di cui al co. 1, lett. b) formate in contropartita diretta (senza previo transito da conto economico) alla valutazione al fair value di talune categorie di attività non sono, se non in misura pari alle plusvalenze realizzate (anche mediante l'ammortamento dei beni cui si riferiscono), distribuibili e disponibili ai fini dell'aumento gratuito di capitale e delle altre operazioni che possono comportare la distribuzione, seppur indiretta, di tali plusvalori, ovvero ai fini della distribuzione di utili ai possessori di azioni correlate (art. 2350, co. 3 c.c.), dell'acquisto di azioni proprie o della società controllante (artt. 2357, co. 1 c.c., 2359-bis, co. 1 c.c., 2437-quater, co. 5 c.c.), di altre operazioni sulle azioni proprie (art. 2358, co. 3 c.c.), dell'attribuzione di partecipazioni agli utili a favore dei promotori, dei soci fondatori, e degli amministratori. Tali poste del netto sono inoltre utilizzabili per la copertura delle perdite soltanto dopo che queste abbiano intaccato tutte le altre riserve inclusa quella legale e, ove siano ridotte, devono essere reintegrate accantonando gli utili degli esercizi successivi. Il combinato disposto dei commi 1, lett. a) e 2 dell'art. 6 detta, inoltre, l'indistribuibilità degli utili di esercizio corrispondenti alle plusvalenze da fair value iscritte a conto economico, ed impone la loro imputazione (al netto del relativo onere fiscale) ad una riserva indisponibile, assoggettata al medesimo regime previsto per le riserve disciplinate dall'art. 6, co. 1, lett. b). L'impianto normativo delineato è completato dalle previsioni contenute nell'art. 7 d.lgs. 38/2005 che dettano specificamente il regime di utilizzabilità delle riserve formate mediante imputazione delle variazioni di patrimonio netto derivanti dalle rettifiche apportate al momento del passaggio dalla precedente normativa contabile ai principi IAS/IFRS.

altresì conferisce loro rilevanza "organizzativa", seppur limitatamente alla copertura delle perdite. Pertanto sono equiparate alle riserve formate con utili realizzati.

Occorre ora ricondurre le medesime nell'ambito della tradizionale bipartizione tra riserve "da capitale" e "da utili".

La costituzione di una riserva da utili presuppone un atto di destinazione da parte dell'assemblea cui spetta ogni decisione sull'impiego dell'utile di esercizio. Per tale ragione la formazione di tali poste del netto presuppone il preventivo accertamento del risultato di periodo (mediante l'approvazione dei conti annuali). Esse possono, come già visto sopra, dunque trovare evidenza soltanto nel bilancio relativo all'esercizio successivo a quello della loro formazione. Diversamente, la formazione di riserve da capitale, non presupponendo la destinazione di utili d'esercizio, non richiede l'intervento dei soci e rientra nelle competenze dell'organo amministrativo, che deve dunque procedere all'iscrizione di tali poste già nel progetto di bilancio sottoposto all'assemblea. È agevole ricondurre alla prima categoria le riserve di cui all'art. 6, comma 2 del d.lgs. 38/2005 formate mediante l'imputazione dei plusvalori da fair value rilevati nel conto economico.

Meno agevole risulta invece la classificazione delle riserve di cui all'art. 6, comma 1, lett. b). Parrebbe automatica l'inclusione di tali poste del netto tra le riserve di capitale, in quanto (come chiaramente ribadito dalla stessa norma) esse sono costituite e movimentate "in contropartita diretta alla valutazione al fair value di strumenti finanziari ed attività" e trovano quindi origine non dall'imputazione di utili di esercizio risultanti dal conto economico bensì da variazioni di valore del patrimonio.

Tale conclusione è tuttavia insoddisfacente poiché in entrambi i casi i plusvalori originano dalla valutazione al fair value delle attività. Il diverso trattamento contabile di tali maggiori valori non è dovuto alla diversità della loro natura, ma soltanto alla differente destinazione delle attività cui si riferiscono. Infatti, le variazioni del fair value relative ai beni impiegati stabilmente nel processo produttivo e destinati a permanere durevolmente nel patrimonio aziendale devono essere rappresentate in bilancio al fine di evidenziare l'incremento (o la diminuzione) di valore del patrimonio sociale, ma non possono essere imputate a conto economico e concorrere così alla determinazione del risultato di esercizio, data la scarsa probabilità che trovino realizzazione in tempi brevi.

Non può, allora, non riconoscersi identica origine a tali riserve, anche se in tal caso non è previsto il previo transito dei plusvalori da conto economico. Indizi in tal senso sono rinvenibili negli IAS 16 e 38 che consentono il trasferimento alla voce "utili a nuovo" dei plusvalori direttamente imputati a patrimonio netto, una volta che siano stati definitivamente realizzati. Tuttavia, questa previsione può anche solo voler consentire il "passaggio" della riserva da fair value (una volta che essa si sia liberata) ad una qualsiasi riserva disponibile.

Assume certamente maggiore rilievo la circostanza che lo IAS 1 (§ 96), disciplinando il contenuto del prospetto delle variazioni del patrimonio netto, preveda espressamente l'esistenza di proventi ed oneri imputati direttamente a patrimonio netto e che non concorrano, dunque, alla formazione del risultato di esercizio¹²⁹. Nell'ambito dei principi contabili internazionali viene meno, pertanto, la corrispondenza tra utile di esercizio e saldo di conto economico, poiché vi sono alcuni proventi ed oneri direttamente imputati al patrimonio netto che devono essere sommati al saldo del conto economico per determinare il risultato complessivo dell'esercizio.

Di tale circostanza il legislatore fiscale ha tenuto conto, visto che l'art. 109, comma 4, TUIR, dispone la partecipazione all'imponibile di ricavi e altri proventi di ogni genere anche se non imputati a conto economico, senza alcuna eccezione per i soggetti IAS adopter¹³⁰. Esse sono perciò soggette al regime tributario delle riserve di utili: riserve cioè che hanno già subito l'imposizione in capo alla società.

Per inciso, si deve evidenziare il diverso trattamento previsto per i saldi attivi di rivalutazione dei beni di impresa, che il legislatore assoggetta al regime di sospensione di imposta nonostante l'evidente affinità con i plusvalori da valutazione delle attività al fair value. Il fatto che l'istituto della rivalutazione dei beni di impresa non sia

¹²⁹ Lo stesso IAS 1 precisa (§ 98) che la variazione totale del patrimonio netto (esclusi gli importi derivanti da operazioni con i possessori di capitale proprio, quali conferimenti di capitale e distribuzioni di dividendi) rappresenta l'importo totale dei proventi e degli oneri (inclusivi dell'utile e della perdita di esercizio) generati dall'attività della società durante quel periodo, indipendentemente dal fatto che tali proventi e oneri transitino previamente dal conto economico o siano iscritti direttamente in una riserva. Non si può fare a meno di evidenziare ciò che scriveva Rossi G. nel 1957, in *Utile di bilancio, riserve, dividendo*, op. cit.: l'Autore riteneva che l'utile di bilancio non fosse un provento derivante da operazioni sociali ma un arricchimento proveniente da una (qualunque) variazione del patrimonio.

¹³⁰ Invece, il comma 4 dello stesso art. 109 è stato modificato proprio per tener conto dell'effetto dell'applicazione degli IAS/IFRS: infatti, non potendo i costi di esercizio essere dedotti senza transitare a conto economico, si è resa necessaria una espressa previsione che desse rilevanza fiscale ai componenti imputati direttamente a patrimonio netto per effetto di tali principi. È il caso, per esempio, delle spese per aumenti di capitale, della rilevazione degli effetti pregressi dei cambiamenti di principi contabili e di errori e della rilevazione degli effetti della vendita di azioni proprie.

accessibile ai soggetti che adottano i principi contabili internazionali¹³¹ (per i quali l'evidenziazione in bilancio di utili non realizzati è la norma), palesa il carattere di eccezionalità dello stesso per i soggetti che redigono il bilancio secondo i criteri del codice civile: eccezionalità dovuta alla conseguente possibilità di evidenziare nel patrimonio netto utili solo sperati. Tuttavia, dal punto di vista fiscale, è possibile rilevare una disparità di trattamento nella definizione del reddito imponibile, fondata sulla diversità del regime contabile adottato: nel caso dei soggetti IAS/IFRS adopter rileva qualunque tipo di utile (anche quello solo sperato), per gli altri rileva solo l'utile realizzato e, nel caso in cui sia imputato al patrimonio netto un utile solo sperato, questo non può essere assoggettato a imposizione fino al momento della distribuzione ai soci, che si presume avvenga perché si è verificato un fatto che né ha consentito l'effettivo realizzo.

Tornando alla natura delle riserve da fair value, risulta superato il criterio distintivo tra riserve "da utili" o "da capitale", secondo il quale nella prima categoria devono essere incluse soltanto le riserve formate mediante imputazione di utili risultanti dal conto economico¹³².

In definitiva, è necessario introdurre un'ulteriore distinzione nell'ambito delle riserve "da utili", sì da distinguere quelle formate mediante destinazione di aliquote del saldo risultante dal conto economico (che potrebbero definirsi "riserve da utili imputati a conto economico") da quelle movimentate in contropartita diretta della variazione di valore delle attività, senza che i relativi utili transitino previamente da conto economico.

Considerazioni particolari devono essere fatte per la **riserva azioni proprie**. Questa posta ha una funzione rettificativa rispetto al valore delle azioni proprie acquistate dalle società e iscritte nell'attivo del bilancio. Le azioni proprie non costituiscono un vero e proprio investimento perché la società acquista una partecipazione in se stessa. Esse non hanno alcun valore patrimoniale almeno finché rimangono in possesso della società; se

¹³¹ Si veda in proposito l'ultima legge di rivalutazione (d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge n. 2 del 28 gennaio 2009) che al comma 16 dell'art. 15 espressamente ha escluso i soggetti IAS/IFRS adopter dall'accesso all'istituto.

¹³² Invero, un'eccezione a tale criterio distintivo può essere riscontrata nella vigente disciplina civilistica in relazione alla riserva prevista dall'art. 2423 comma 4, formata mediante l'imputazione dei valori derivanti dall'attivazione della deroga ai criteri di redazione del bilancio di esercizio. Benché a tale posta del netto si attribuisca natura di riserva "da utili", secondo la ricostruzione assolutamente prevalente, gli utili ad essa imputati non devono transitare previamente dal conto economico ma essere imputati direttamente a riserva.

fosse loro attribuito un valore ciò si tradurrebbe in un aumento del netto, il che non avviene. Ecco la necessità di neutralizzarne il valore iscritto tra le attività mediante l'appostazione di una voce di rettifica. Pertanto, la riserva azioni proprie non è una vera e propria riserva e non può essere imputata a capitale perché ciò equivarrebbe ad un acquisto delle azioni proprie con capitale sociale, mentre la legge dispone che l'acquisto può essere fatto solo con utili netti o riserve disponibili, ossia che potrebbero essere distribuiti (art. 2357c.c.).

La legge parla di riserva indisponibile (art.2357ter c.c.) ma in realtà si tratta di una posta del passivo che non è suscettibile di alcun utilizzo tipico delle riserve, nemmeno per la copertura di perdite. Inoltre, questa posta misura utili che, con l'acquisto di azioni proprie, sono stati già spesi e perciò usciti dal patrimonio sociale; ed una riserva può iscriversi solo per utili esistenti¹³³.

Una tesi esattamente opposta considera l'acquisto di azioni proprie un normale investimento produttivo espressivo di un valore reale. Da qui l'attribuzione alla posta iscritta al passivo della natura di vera e propria riserva¹³⁴, avente la funzione di salvaguardare l'integrità del capitale sociale.

Si tratta di una tesi che è stata però avversata soprattutto sul piano economico, perché l'acquisto di azioni proprie provoca uno svuotamento del patrimonio e non un suo aumento. Le azioni poi, costituendo beni di secondo grado¹³⁵, hanno un valore che, quantunque influenzato da molteplici fattori, non può prescindere dal patrimonio della società da esse rappresentato. Le azioni proprie invece non rappresentano altro da sé, perché rappresentano beni della stessa società acquirente.

In conclusione viene ritenuto che finché l'acquisto non avviene la riserva azioni proprie è una vera e propria riserva di utili con vincolo di destinazione impresso dall'assemblea; vincolo che in qualunque momento potrà essere rimosso dalla stessa assemblea. Quando l'acquisto avviene non potrà più parlarsi di riserva a causa della assoluta indisponibilità della stessa; costituirà, invece, una posta rettificativa dell'acquisto iscritto nell'attivo. Inoltre, le azioni proprie collocate nell'attivo di bilancio non si potranno considerare

¹³³ Colombo G.E., La "riserva" azioni proprie, in *Riserve e fondi nel bilancio di esercizio*, op. cit.

¹³⁴ Carbonetti F., Acquisto di azioni proprie e patrimonio sociale, in *Riv. Soc.*, 1982, p. 1120 ss

¹³⁵ Ascarelli T., *Saggi di diritto commerciale*, Milano 1955

suscettibili di valutazione né di generare plusvalenze e minusvalenze finché i titoli restano nel portafoglio della società¹³⁶.

Peraltro, il trattamento contabile, secondo i principi nazionali, delle operazioni sulle azioni proprie in portafoglio si rifà proprio all'interpretazione della riserva azioni proprie come vera e propria riserva, costituita per garantire che il capitale e le riserve indisponibili non risultino investiti in azioni proprie (il che equivarrebbe ad una distribuzione della parte non distribuibile del patrimonio netto). Ciò quantunque il principio contabile stesso (OIC 20) riporti il pensiero prevalente della dottrina secondo cui la riserva azioni proprie in portafoglio, sebbene sia classificata nello schema di stato patrimoniale previsto dall'art. 2424 cod. civ. nell'ambito del patrimonio netto, non può essere considerata una riserva in senso proprio - ossia una componente del netto (infatti non può essere utilizzata a copertura di perdite) - bensì quale mera contropartita contabile delle azioni proprie iscritte nell'attivo.

L'individuazione della esatta natura della riserva azioni proprie non è uno sterile esercizio didattico ma comporta una serie di implicazioni interessanti, soprattutto dal punto di vista tributario.

Il principio contabile OIC 20 certamente non aiuta, per l'evidente contraddizione tra il riferimento alla dottrina prevalente e il concreto trattamento contabile previsto.

A tal proposito, è stato evidenziato come la statuizione definitiva di detto principio, si sia, in realtà, limitata a registrare asetticamente l'insanabile contrasto esistente in dottrina e giurisprudenza sull'argomento, come dimostrato dal fatto che le precedenti versioni del principio stesso coerentemente riferivano un trattamento contabile della riserva in esame come mera posta rettificativa di un valore patrimoniale, quello delle azioni proprie iscritte nell'attivo, inesistente. Sicché né la riserva azioni proprie poteva considerarsi parte del patrimonio netto, né le azioni proprie potevano formare oggetto di valutazione¹³⁷.

Secondo il trattamento contabile attuale, la riserva azioni proprie è parte del patrimonio netto (come d'altra parte prevede lo stesso codice civile) e la riduzione per qualsiasi

¹³⁶ Cursio L. Natura giuridica del fondo azioni proprie, in *Riserve e fondi nel bilancio di esercizio*, op. cit.

¹³⁷ De Angelis L., *Considerazioni sulla valutazione delle azioni proprie nel bilancio d'esercizio e sulla correlativa riserva*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2002 fasc. 1, pt. 1, pp. 48 – 64

motivo delle azioni proprie in portafoglio la rende libera e suscettibile di essere distribuita ai soci, oppure girata in aumento di una o più riserve disponibili¹³⁸.

In particolare, l'annullamento delle azioni proprie in portafoglio si traduce in una riduzione del capitale sociale, mentre la vendita comporta la formazione di un componente economico da iscrivere nel conto economico. In entrambi i casi, in corrispondenza delle azioni proprie annullate o vendute, la relativa riserva diventa disponibile.

In caso di annullamento, inoltre - ferma restando la riduzione del capitale sociale in corrispondenza del valore nominale delle azioni proprie annullate -, il valore delle azioni proprie iscritto nell'attivo (che può essere pari al costo di acquisto se non ci sono state svalutazioni e rivalutazioni) deve essere confrontato col valore nominale delle azioni stesse: nel caso in cui il valore di bilancio delle azioni proprie sia superiore al valore nominale, la differenza deve essere imputata a riduzione della riserva azioni proprie in portafoglio (la parte residuale della riserva azioni proprie in portafoglio diviene libera e disponibile); invece, nel caso in cui il valore di bilancio delle azioni proprie sia inferiore al valore nominale, la differenza genera una riserva disponibile (c.d. riserva da annullamento azioni proprie), cui viene ad aggiungersi la piena liberazione e disponibilità della riserva azioni proprie.

L'annullamento delle azioni proprie porta, dunque, ad una riduzione del patrimonio netto: riduzione che può essere ricondotta all'attribuzione patrimoniale effettuata dalla società ai soci in corrispondenza dell'esborso a titolo di prezzo di acquisto delle azioni annullate. Se tale prezzo di acquisto è stato pari al valore nominale, l'annullamento dà luogo ad una riduzione del patrimonio netto esattamente pari a quella del capitale sociale; se il prezzo è stato superiore, la riduzione delle riserve misura l'eccedenza della riduzione del patrimonio netto rispetto a quella del capitale; se è stato inferiore al valore nominale, l'emersione di una riserva evidenzia che il patrimonio netto si è ridotto meno di quanto si sia ridotto il capitale. La riserva da annullamento di azioni proprie individua quindi quella quota del capitale a suo tempo versato che, pur avendo formalmente cessato di farne parte, non è stata restituita ai soci, nella forma del pagamento del prezzo di acquisto di azioni proprie, ed è quindi rimasta nel patrimonio della società. Potrebbe essere considerata quindi come una riserva da riduzione del capitale esuberante (che si

¹³⁸ Principio contabile OIC 28.

determina quando la riduzione appunto non comporta una attribuzione ai soci ma l'imputazione a riserva)¹³⁹.

Per quanto riguarda la valutazione delle azioni proprie in portafoglio, l'OIC 20 indica che, primariamente, le azioni proprie devono essere iscritte in bilancio al costo d'acquisto. Per la valutazione successiva, in mancanza di specifiche disposizioni normative e considerata la funzione integrativa di natura tecnica dei principi contabili rispetto alla legge, sulla scia della sentenza della Corte di Cassazione, Sezione I Civile, del 15.2/03.09.1996 n. 8048, l'OIC 20 statuisce l'applicazione della svalutazione in caso di perdita durevole di valore (per le azioni proprie iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie) e della iscrizione in bilancio, anziché al costo, al valore minore espresso dal valore di realizzazione desumibile dall'andamento del mercato (per le azioni proprie iscritte nell'attivo circolante). Il venir meno dei motivi della operata svalutazione comporta il ripristino di valore, ovvero la rivalutazione delle azioni proprie in portafoglio fino alla concorrenza, al massimo, del costo.

I principi contabili internazionali, al contrario, non prevedono la possibilità di considerare le azioni proprie come attività nella quale l'impresa ha investito. Ogni acquisto deve essere considerato rimborso agli azionisti e contabilizzato in diminuzione del capitale e delle altre voci del patrimonio netto (a prescindere dagli scopi della operazione – negoziazione o annullamento). La vendita non dà luogo a utili o perdite, è, invece, contabilizzata come se si trattasse di azioni di nuova emissione e provoca un incremento del patrimonio netto. Lo IAS 32 richiede che l'acquisto di azioni proprie sia mostrato in bilancio nel patrimonio netto con valore negativo. Da tutto ciò deriva che, in caso di annullamento o assegnazione delle azioni proprie a titolo gratuito, non si renderà necessaria alcuna ulteriore riduzione patrimoniale, essendo la stessa intervenuta già al momento dell'acquisto.

Occorre comprendere se le operazioni sulle azioni proprie (acquisto, successivo annullamento, successiva vendita o successiva assegnazione gratuita ai soci) siano tra loro collegabili o se, invece, non debbano considerarsi distintamente sotto il profilo giuridico ed economico.

Da un punto di vista sostanziale l'operazione di acquisto delle azioni proprie viene vista come una restituzione di conferimenti, anche se ancora non formalizzata: inizialmente

¹³⁹ Carbonetti F., Acquisto di azioni proprie e patrimonio sociale, in Riv. Soc, op. cit

tale restituzione avverrebbe attingendo non al capitale sociale ma alle riserve disponibili, le quali risulterebbero in tal modo incorporate nel capitale sociale stesso. La successiva vendita, quindi configurerebbe il ripristino del livello iniziale dei conferimenti e il riacquisto da parte della riserva temporaneamente incorporata (per così dire) nel capitale del suo regime originario. L'annullamento avrebbe, invece, l'effetto di ridurre legalmente il capitale sociale (come in effetti è) e di liberare la riserva precedentemente vincolata. L'assegnazione gratuita di azioni proprie ai soci, infine, comporterebbe la definitiva imputazione a capitale sociale di detta riserva¹⁴⁰.

Invero, l'acquisto di azioni proprie appare come un istituto contiguo a quello del recesso come dimostrerebbe l'art. 2437 quater, comma 5, c.c., laddove prevede che, in caso di mancato collocamento delle azioni del socio recedente, le stesse vengano rimborsate mediante acquisto da parte della società utilizzando riserve disponibili (anche in deroga a quanto previsto dal comma 3 dell'art. 2357 sull'acquisto di azioni proprie).

La dottrina ha posto in evidenza che l'acquisto di azioni proprie si rende talvolta necessario per dirimere il conflitto tra l'interesse del socio recedente a vedersi liquidata la sua quota e l'interesse dei creditori sociali all'integrità del capitale sociale, quando la presenza di utili sufficienti rende impraticabile la riduzione del capitale sociale per effetto del rifiuto dell'assemblea di deliberare in tal senso o dell'opposizione dei creditori.

Tuttavia, occorre tener presente che la disposizione di cui all'art. 2437 quater, comma 5, c.c., risponde alla precisa ratio di salvaguardare in primis proprio il capitale sociale. Infatti, l'acquisto di azioni proprie in questa fattispecie consente di utilizzare utili e riserve disponibili per soddisfare il diritto del socio al rimborso, senza intaccare il capitale sociale. In più poiché le azioni proprie acquistate mantengono un valore patrimoniale e possono essere successivamente ricollocate, ciò consente alla società di contenere la diminuzione patrimoniale complessiva derivante dal rimborso.

La necessità di soddisfare un socio recedente non è, comunque, l'unica ragione che spinge una società a deliberare l'acquisto di azioni proprie. Esso può rivelare l'intendimento di operare un vero e proprio investimento, o di sostenere l'andamento delle quotazioni di borsa; oppure potrebbe essere finalizzato alla distribuzione fra gli

¹⁴⁰ Stevanato D., Acquisto di "azioni proprie" e loro successiva assegnazione ai soci: premesse civilistico-contabili e riflessi tributari, in *Rassegna tributaria*, 2005 fasc. 4, pp. 1075 – 1094.

azionisti delle azioni stesse a titolo gratuito o a pagamento, o al collocamento presso i dipendenti, o alla vendita ad altra società nel quadro di un processo di concentrazione.

Dal punto di vista strettamente giuridico l'acquisto di azioni proprie altro non è che una cessione a titolo oneroso le cui parti sono i soci cedenti e la società cessionaria; l'autorizzazione dell'assemblea, in deroga al principio della competenza esclusiva degli amministratori nella gestione ordinaria della società, indica le modalità dell'operazione e quindi accede al negozio di cessione delle azioni senza formarne elemento costitutivo¹⁴¹. La successiva vendita è dunque anch'essa una normale cessione a titolo oneroso, oggetto di autorizzazione da parte dell'assemblea che ne indica le modalità. L'effetto di tale acquisto è il trasferimento dai soci alla società della titolarità del rapporto di partecipazione; quest'ultimo viene ad assumere una configurazione peculiare perché i diritti di voto e gli altri diritti patrimoniali e amministrativi sono sospesi, mentre il diritto agli utili e quello di opzione continua a sussistere ma in capo alle altre azioni proporzionalmente. Ciò implica una modifica di carattere qualitativo del capitale sociale. Dal punto di vista patrimoniale, l'acquisto delle azioni proprie attribuisce un diritto reale di proprietà dei titoli stessi da cui discende il pieno potere di disporre.

La rappresentazione contabile della fattispecie di acquisto di azioni proprie sembra coerente con questa impostazione: l'obbligo di vincolare all'acquisto riserve del patrimonio netto disponibili risponde all'esigenza di impedire che la società diventi titolare di partecipazioni ad un capitale ridotto dall'esborso per partecipare al capitale stesso.

Questo obbligo non sussiste nella fattispecie di cui all'art. 2357-bis, comma 1, n. 1, c.c., riguardante l'acquisto di azioni proprie in esecuzione di una deliberazione dell'assemblea di riduzione del capitale, da attuarsi mediante riscatto e annullamento di azioni. In questo caso non è necessaria l'appostazione della riserva di utili indisponibile a fronte dell'acquisto perché non si applicherebbe la disciplina delle azioni proprie ma quella della riduzione del capitale esuberante (art. 2445 c.c.); pertanto, verrebbero meno le esigenze di tutela dell'integrità del capitale sociale (naturalmente in corrispondenza della parte esuberante).

¹⁴¹ Garbarino C., Acquisto d'azioni proprie, riduzione del capitale e recesso del socio: profili tributari, in *Diritto e pratica tributaria*, 1992 fasc. 2, pp. 461 – 516

Alla luce di questa impostazione giuridica (e della connessa rappresentazione contabile) viene da concludere che l'acquisto di azioni proprie ex art. 2357 c.c. non presenta alcuna relazione con le successive operazioni sui titoli propri in portafoglio. L'acquisto potrà essere seguito da una vendita ma questa rimane giuridicamente tale e non si trasforma in conferimento; oppure potrà essere seguito da un annullamento, il quale, è vero, determina una riduzione del capitale sociale ma solo per effetto di una apposita delibera di riduzione del capitale esuberante. Né le sorti della riserva azioni proprie possono ritenersi vincolate a quelle del capitale sociale. La riserva azioni proprie è invece gravata da un vincolo di stretta indisponibilità che permane finchè le azioni proprie restano nel portafoglio sociale. Solo l'uscita di queste ultime dall'attivo sociale provoca effetti sulla riserva in questione, la quale torna ad essere disponibile e può subire riduzioni ad esempio per effetto dell'annullamento delle azioni proprie (quando il valore di bilancio di queste ultime è superiore al loro valore nominale).

Tutte queste considerazioni conducano a ritenere che anche nel caso della successiva assegnazione gratuita delle azioni proprie ai soci non può parlarsi di effetti automatici sul capitale sociale. Non può ritenersi implicito l'aumento del capitale sociale (teoricamente ridottosi in precedenza a causa dell'uscita dei soci venditori delle azioni dalla compagine sociale) per effetto dell'incorporazione automatica della riserva azioni proprie, e ciò per i motivi che seguono. L'assegnazione di azioni ai soci presuppone una delibera di aumento del capitale sociale (che può essere gratuito o a pagamento); l'aumento del capitale sociale a sua volta presuppone l'esistenza di riserve disponibili che possano esservi imputate (art. 2442 c.c.). Nella fattispecie, l'assegnazione di azioni proprie non deriva da alcuna delibera di aumento del capitale sociale e, inoltre, anche se tale delibera vi fosse non potrebbe certamente avere ad oggetto l'imputazione della riserva azioni proprie, la quale, finchè permangono le azioni proprie nel portafoglio sociale, è una riserva indisponibile che non può essere utilizzata in assoluto, men che mai per l'aumento del capitale sociale.

Ne deriva che la delibera che ha per oggetto l'assegnazione delle azioni proprie ai soci non può determinare altro che la riduzione della riserva azioni proprie. Non si può poi fare a meno di evidenziare che presso le società la delibera in questione si inserisce generalmente nell'ambito delle decisioni relative alla distribuzione di dividendi.

Sotto il profilo fiscale deve evidenziarsi che l'Amministrazione finanziaria, sebbene con riferimento ai soggetti IAS adopter, ha ammesso che l'acquisto e la rivendita di azioni proprie sono operazioni che si manifestano unicamente come "fenomeni patrimoniali", essendo l'acquisto di azioni proprie, nella sostanza, una modalità alternativa mediante la quale viene eseguito il rimborso del capitale agli azionisti, mentre l'eventuale successiva rivendita è, per conseguenza, assimilata ad una nuova emissione di titoli azionari¹⁴². Ma ciò deriva dalla rilevanza data, in ambito tributario, ai criteri di qualificazione, classificazione e imputazione temporale dettati dai principi contabili internazionali.

Nella risoluzione n. 26/E del 2011, in risposta ad un interpello presentato da una società che adotta i principi contabili internazionali IAS/IFRS, l'Agenzia delle Entrate ha avuto modo di precisare che l'assegnazione delle azioni proprie a titolo gratuito comporta: 1. una riduzione di capitale sociale, corrispondente al valore nominale delle azioni assegnate; 2. un aumento gratuito del capitale sociale, mediante utilizzo della riserva per azioni proprie in portafoglio, per un importo corrispondente al valore nominale delle azioni assegnate; di conseguenza: il numero delle azioni ricevute gratuitamente dai soci si aggiunge al numero di quelle già possedute ed il valore unitario delle stesse si determina dividendo il costo complessivo delle azioni già possedute per il numero complessivo delle azioni (ciò ai sensi dell'art. 94, comma 5 del TUIR.); nel caso in cui la quota parte della riserva per azioni proprie in portafoglio passata a capitale sociale si qualificata come riserva di utili, l'eventuale successiva riduzione del capitale sociale si considera distribuzione di utili, sino a concorrenza della quota di detta riserva imputata a capitale (ai sensi dell'art. 47, comma 6 del TUIR); 3. una distribuzione di utili, per l'importo della riserva per azioni proprie in portafoglio composta da utili, eccedente rispetto alla quota imputata a capitale sociale, con conseguente incremento del valore fiscale della partecipazione detenuta dal socio assegnatario per un pari importo.

Questa interpretazione è stata confermata dall'Agenzia delle Entrate anche per i soggetti che adottano i principi contabili nazionali OIC nella risoluzione n. 26/E del 2011, pur fornendo alcune precisazioni in relazione alle ipotesi nelle quali l'assegnazione delle azioni proprie a titolo gratuito può effettivamente configurare una distribuzione di dividendi. In particolare, si configurerebbe una distribuzione della riserva per azioni

¹⁴² Così espressamente la circolare n. 7/E del 2011.

proprie in portafoglio se e nella misura in cui l'ammontare della stessa destinata ad aumento gratuito del capitale sociale non trovasse capienza nella quota parte di quest'ultimo avente natura di capitale.

7. LA CLASSIFICAZIONE DELLE RISERVE IN FUNZIONE DEI VINCOLI POSTI DAL LEGISLATORE CIVILISTICO ALLA LORO DISTRIBUIBILITÀ E ALLA DISPONIBILITÀ.

La distinzione tra disponibilità e distribuibilità delle riserve permette di distinguere i vincoli posti dalla legge all'utilizzo delle riserve. Norme civilistiche e norme fiscali possono rispondere a finalità differenti in tema di utilizzo delle poste del netto. Per stabilire ciò occorre tuttavia analizzarle distintamente e individuare i punti di contatto e quelli di separazione.

I vari elementi del patrimonio netto (capitale, riserve e utili) trovano una precisa disciplina nel codice civile tendente a dare risposta a determinate esigenze proprie del diritto commerciale. Sono disciplinati tre profili principali delle poste del netto: la modificabilità della disciplina, ossia l'assoggettabilità delle riserve alla disciplina del capitale e viceversa; la distribuibilità ai soci; l'utilizzabilità a copertura di perdite.

7.1 Segue: LA DISPONIBILITÀ DELLE RISERVE

In ambito civilistico, la disponibilità attiene all'attitudine di una riserva (o di un fondo) a cambiare regime giuridico, ossia ad essere imputata al capitale sociale (art. 2442 c.c.) - sebbene si possa porre il problema inverso della trasformazione in riserva del capitale sociale - o ad essere trasformata in un tipo diverso di riserva.

Secondo alcuni l'imputabilità di una riserva al capitale sociale dipenderebbe dalla natura della riserva stessa secondo altri dai vincoli di destinazioni (legali o convenzionali) su di essa gravanti¹⁴³. Secondo quest'ultima teoria la classificazione delle riserve in legali, statutarie o facoltative (che sono riserve di utili secondo il criterio dell'origine) non implica automaticamente la classificazione delle riserve come disponibili o indisponibili, dovendosi questa distinzione effettuare in modo autonomo

¹⁴³ Cera M., Sul concetto di riserve disponibili, in *Riserve e fondi nel bilancio di esercizio*, op. cit.

dalla prima con riguardo alla loro specifica e concreta destinazione. Indagando di volta in volta in ordine alle eventuali disposizioni legislative, alle clausole statutarie e alla delibera assembleare di costituzione, è possibile stabilire la disponibilità o meno di una riserva o di un fondo per l'imputazione a capitale.

Non sarebbe disponibile, pertanto, la **riserva legale**, in virtù dell'art. 2430 c.c.; indisponibili sarebbero le riserve statutarie aventi specifica destinazione (diversa dall'imputazione a capitale, come, ad esempio, la copertura di perdite). Solo una delibera dell'assemblea straordinaria potrebbe modificare questa destinazione e renderle disponibili. Tuttavia, l'indisponibilità della riserva legale per l'imputazione a capitale, benché unanimemente riconosciuta, non trova una sua precisa ratio, se si considera che, nonostante la funzione di "cuscinetto di protezione" del capitale sociale, l'eventuale imputazione a capitale anziché danneggiare i creditori sociali li tutelerebbe maggiormente, in quanto creerebbe un vincolo di indisponibilità maggiore su questa quota ideale del netto per effetto dell'assoggettamento alla stessa disciplina del capitale sociale. In più l'imputazione implicherebbe la necessità di ricostituire la riserva legale e per un importo superiore al precedente in rapporto al nuovo capitale sociale¹⁴⁴.

Secondo un'autorevole parere, l'indisponibilità della riserva legale per l'aumento del capitale sarebbe frutto di un retaggio storico di origine fiscale che riteneva l'imputazione a capitale delle riserve equivalente ad una distribuzione seguita da un nuovo conferimento¹⁴⁵.

Per quanto riguarda le **riserve statutarie**, è stato osservato che l'indisponibilità legata alla destinazione impressa nello statuto non ne impedirebbe l'imputabilità a capitale: infatti la delibera di aumento gratuito del capitale implica il mutamento di destinazione della riserva statutaria perché trattandosi di una delibera di grado superiore a quella costitutiva della riserva stessa ben può cambiarne la destinazione. Il contenuto della delibera non sarebbe di modifica della clausola statutaria, in quanto per il futuro la riserva continuerebbe a dovere essere costituita nei modi indicati nella clausola; sarebbe solo mutamento di destinazione della riserva già costituita¹⁴⁶. Analogamente, la riserva per **rinnovamento impianti e macchinari** può considerarsi imputabile al capitale, dal

¹⁴⁴ Colombo G.E., Il bilancio e le operazioni sul capitale, op. cit.

¹⁴⁵ Costa C., L'imputabilità a capitale della riserva legale, in *Riserve e fondi nel bilancio di esercizio*, op. cit.

¹⁴⁶ Colombo G.E., Il bilancio e le operazioni sul capitale, op. cit.

momento che la delibera dell'assemblea straordinaria che decide l'aumento del capitale ne può mutare la destinazione.

Si considerano disponibili per l'aumento del capitale sociale anche la **riserva sovrapprezzo azioni** e la **riserva da rivalutazione monetaria** (che secondo il criterio dell'origine sono considerate riserve di capitale). La legge infatti impone su tali riserve solo vincoli di distribuzione ai soci, il che non equivale a indisponibilità. In particolare, la disponibilità per l'aumento del capitale è espressamente prevista dalle leggi che regolano la rivalutazione monetaria, ciò in conformità con la funzione dei saldi attivi risultanti dalla rivalutazione, i quali, in quanto costituiscono la differenza attiva emersa dalla rivalutazione di componenti attivi del patrimonio e dei relativi ammortamenti iscritti al passivo, altro non rappresentano che un adeguamento monetario del netto patrimoniale. Tali saldi logicamente dovrebbero essere imputati al capitale; ecco perché la stessa disciplina di riferimento prevede che quando tale imputazione non avviene deve essere costituita una apposita riserva che non potrà essere distribuita ai soci (se non rispettando la procedura stabilita per la riduzione del capitale esuberante) ma che potrà sempre essere imputata a capitale¹⁴⁷.

Natura analoga ad una riserva da rivalutazione viene riconosciuta alla **riserva da fusione**¹⁴⁸ che si genera quando, incorporata una società partecipata, il valore proporzionale del patrimonio netto della partecipata incorporato sia superiore al valore della partecipazione nel bilancio della partecipante incorporante. Può, infatti, accadere che la somma algebrica dei valori attivi e passivi incorporati sia maggiore del valore della partecipazione annullata. Questa "plusvalenza" da fusione è indubbiamente sempre imputabile a capitale.

Per quanto riguarda il **finanziamento soci**, ferma restando la disponibilità per l'imputazione a capitale sociale, occorre distinguere il caso in cui si tratti di veri e propri conferimenti, e allora si avrà un aumento gratuito del capitale sociale, da quello in cui si tratti di prestiti, talché l'aumento dovrà considerarsi a pagamento e si realizzerà mediante compensazione tra credito di ciascun socio alla restituzione e debito da sottoscrizione dell'aumento. Nell'ipotesi di versamenti in "conto futuro aumento di

¹⁴⁷ Sulla controversa natura dei saldi attivi di rivalutazione si veda paragrafo 6.1.

¹⁴⁸ Superti Furga F., *Riserve e fondi nel bilancio di esercizio. Aspetti economico-aziendali nella logica del bilancio*, in *Riserve e fondi nel bilancio di esercizio*, op. cit.

capitale”, il successivo aumento si dovrebbe considerare a pagamento, sebbene si tratti di un pagamento già effettuato.

Infine, i **fondi del passivo**, nella misura in cui si possono considerare, nella realtà, quote del patrimonio netto, ossia sicuramente eccedenti rispetto al rischio o alle svalutazioni da essi fronteggiati, possono reputarsi imputabili al capitale. L’assemblea che delibera l’aumento di capitale ne potrà accertare la natura e quindi l’imputabilità al capitale.

7.2 Segue: LA DISTRIBUIBILITÀ DELLE RISERVE

Diverso dal concetto di disponibilità è quello di distribuibilità delle poste del netto. In questo caso i vincoli imposti dalla legge civile attengono alla possibilità di attribuzione ai soci.

In base alla disciplina civilistica del netto, di regola sussiste la libertà della società di disporre, a favore dei soci, del proprio patrimonio. Solo norme di legge, o principi desumibili dalla funzione attribuita a un componente del netto da norme di legge, possono giustificare la non distribuibilità.

Quindi, non possono essere distribuiti il capitale minimo e la riserva legale corrispondente al capitale minimo perché rappresentano la garanzia dei creditori sociali. Anche nel caso di esuberanza del capitale per il conseguimento dell’oggetto sociale il rimborso del capitale in esubero ai soci è consentito se sussiste il consenso tacito dei creditori. E lo stesso vale per la riserva legale per la parte rapportata al capitale. Una volta ridotto il capitale per esuberanza è chiaro poi che la parte eccedente della riserva legale diviene liberamente distribuibile.

Anche le riserve da rivalutazione monetaria sono soggette ad un maggior vincolo a garanzia dei creditori, per cui possono essere distribuite ai soci solo con l’osservanza della procedura stabilita per la riduzione del capitale esuberante.

Le riserve statutarie possono essere distribuite alle condizioni previste dallo statuto: la decisione spetterà all’assemblea ordinaria o straordinaria a seconda della funzione assegnata alla riserva.

La riserva sovrapprezzo azioni può essere distribuita solo dopo che è stata completata la riserva legale. Nulla però vieterebbe di imputare questa riserva interamente a capitale come visto sopra.

Alcuni vincoli civilistici alla distribuzione di riserve sono poi dettati in relazione all'impiego di determinati criteri di valutazione delle attività di bilancio, nel rispetto del principio di prudenza. Ad esempio, i costi di impianto e ampliamento, di ricerca e sviluppo, di pubblicità e propaganda, possono essere capitalizzati (ossia iscritti tra le attività) e ammortizzati entro cinque anni; tuttavia, fino a che l'ammortamento non è completato possono essere distribuiti utili solo se residuano riserve disponibili sufficienti a coprire l'ammontare dei costi non ammortizzati. Il che equivale a rendere indisponibili le riserve di utili corrispondenti all'ammontare dei costi capitalizzati e quindi sottratti alla formazione del risultato di esercizio (art. 2424 n. 5, c.c.). Analogamente, nel caso in cui si applichi il metodo del patrimonio netto per la valutazione delle partecipazioni sociali, ai sensi dell'art. 2424 n. 4, c.c., il valore corrispondente al componente positivo di reddito rilevato nel conto economico per effetto dell'applicazione di tale criterio di valutazione deve essere accantonato in una riserva non distribuibile. Ciò perché la società partecipante rileva nel proprio bilancio l'incremento di valore della partecipazione detenuta corrispondente agli utili non distribuiti dalla partecipata.

Ciò detto, può sembrare singolare che, in presenza di utile distribuibile, l'assemblea deliberi di accantonarlo a riserva e nello stesso tempo di distribuire riserve già esistenti nel netto patrimoniale. In effetti, questo fenomeno potrebbe avere una giustificazione fiscale, in ragione del diverso regime tributario cui sono sottoposte le varie riserve in caso di distribuzione¹⁴⁹.

Come visto sopra, sebbene la distribuzione di riserve non sia tecnicamente distribuzione di un dividendo, si rende tuttavia applicabile la disciplina del dividendo¹⁵⁰ di cui al 2433 c.c.. Anche in ordine al momento in cui può deliberarsi la distribuzione di riserve, il fatto che sia ammissibile una delibera di distribuzione apposita diversa e successiva da quella di cui al 2433 (che riguarda la distribuzione dei dividendi in sede di approvazione del bilancio), non vuol dire che la distribuzione di riserve non sia distribuzione di dividendi, ma significa soltanto che - considerato che anche tra la data di chiusura dell'esercizio e quella di approvazione del bilancio intercorre un certo lasso di tempo in cui la situazione può modificarsi e di ciò deve essere riferito all'assemblea solo se si

¹⁴⁹ Si veda infra, paragrafo 10.

¹⁵⁰ In ordine alla natura giuridica del dividendo si veda il capitale II.

tratta di fatti sopravvenuti che la modificano in peius - non è necessario che ci sia contemporaneamente alla distribuzione la verifica della sussistenza delle riserve che si intende distribuire: basta che ci sia stata la delibera di approvazione del bilancio da cui quelle riserve risultano e che nel frattempo non siano sopravvenute perdite capaci di intaccare le riserve che si intende distribuire¹⁵¹.

7.3 Segue: L'UTILIZZABILITÀ DELLE RISERVE A COPERTURA DELLE PERDITE

Costituendo parte del netto patrimoniale, le riserve sono destinate ad essere intaccate da tutti gli eventi che comportino una diminuzione del patrimonio sociale, quindi dalle perdite. Il decremento dell'attivo o l'incremento del passivo sono fatti che l'assemblea potrà solo constatare; ne deriva che la riduzione del netto sarà automatica e non dipenderà da alcuna decisione dell'assemblea.

Il problema è capire quale parte del netto viene intaccata per prima.

A causa del diverso regime vincolistico di ciascuna riserva, che ne condiziona la libera distribuibilità ai soci, il principio di tutela dei creditori impone che siano assorbite per prime le riserve non vincolate (riserve facoltative e in genere distribuibili). In caso contrario si lascerebbero sussistere strati del netto di cui i soci potrebbero liberamente disporre. Poi potranno considerarsi assorbite, nell'ordine, le riserve statutaria, quelle di rivalutazione monetaria, la riserva legale e infine il capitale. In presenza di versamenti in conto capitale, problematico si presenta il caso in cui uno solo dei soci abbia effettuato il versamento: infatti, ciononostante, la corrispondente posta iscritta nel netto ha natura di riserva (di capitale) ed è perciò esposta alle perdite prima del capitale. Invece, dovrebbe essere assorbita per ultima proprio perché proviene da un solo socio.

8. IL CONCETTO DI RISERVE E FONDI DISPONIBILI NEL DIRITTO TRIBUTARIO

La disponibilità in ambito tributario può essere definita come l'attitudine della riserva o del fondo ad essere distribuita ai soci senza dover subire l'imposizione in capo alla

¹⁵¹ In tal senso Colombo G.E., Bilancio d'esercizio e consolidato, op. cit. p. 520.

società, oppure ad essere utilizzata per scopi diversi dalla distribuzione senza dover scontare imposta (ad esempio, per l'imputazione a capitale o ad altre riserve del netto, per la copertura di perdite ecc.).

Le poste del patrimonio netto, classificate civilisticamente secondo il criterio dell'origine, sotto il profilo tributario possono essere riclassificate, secondo il criterio della disponibilità, in fondi tassati, fondi dedotti e riserve in sospensione d'imposta. Con tali espressioni si suole indicare la rappresentazione patrimoniale delle variazioni fiscali che devono essere apportate all'utile di bilancio per la determinazione dell'imponibile¹⁵².

I **“fondi tassati”** sono le contropartite patrimoniali, nelle scritture contabili e nel bilancio, di accantonamenti, ammortamenti o perdite non ancora deducibili, fiscalmente, nell'esercizio in cui sono imputati al bilancio¹⁵³. Corrispondono, cioè, a decrementi di ricchezza, rilevati contabilmente, ma esclusi dalla formazione del reddito di impresa fino a quando non si verifica la condizione di deducibilità richiesta dalla disciplina tributaria. Essi danno luogo a variazioni in aumento nella dichiarazione dei redditi. La presenza di questi fondi in bilancio consente di spiegare più chiaramente la successiva variazione in diminuzione da effettuarsi nella dichiarazione dei redditi relativa

¹⁵² Crovato F., Lupi R., *Il reddito d'impresa*, Milano 2002.

¹⁵³ Occorre evidenziare che il fondo di ammortamento, così come il fondo svalutazione crediti, rappresentano mere poste rettificative, rispettivamente, dei cespiti patrimoniali e dei crediti, iscritti nell'attivo. Tali fondi, nel bilancio di esercizio, non sono rappresentati, mentre le attività cui si riferiscono sono esposte al netto del loro ammontare. L'importo lordo delle voci di attivo patrimoniale e l'ammontare dei fondi rettificativi sono invece esposti nella nota integrativa. Anche i fondi rettificativi possono qualificarsi come “fondi tassati”, nella misura in cui accolgono costi temporaneamente indeducibili, come avviene per l'ammortamento che eccede quello fiscalmente ammesso in base all'art. 102, comma 2, del TUIR, e per la svalutazione dei crediti eccedente il limite indicato dall'art. 106, comma 1, del TUIR. La svalutazione dei crediti ha la funzione di consentire la deduzione di una perdita probabile su di un'attività che, giuridicamente, permane sino ad un evento estintivo come la rinuncia, la cessione o la prescrizione. L'ammortamento ha la funzione di distribuire nel tempo un costo già sostenuto, diversamente dagli accantonamenti che, invece, svolgono la funzione di anticipare all'esercizio quote di costi destinati a verificarsi in futuro. Mentre, poi, nel caso degli ammortamenti l'evento che è destinato a “conguagliare” tutte le componenti reddituali nel frattempo dedotte è la dismissione del cespite, nel caso degli accantonamenti la vicenda di chiusura può risultare o il verificarsi dell'evento a fronte del quale furono costituiti, o il divenire certo che tale evento non si verificherà. Gli accantonamenti che possono dar luogo a fondi tassati sono tutti quelli rilevati contabilmente ma esclusi dalla formazione del reddito imponibile ai sensi dell'art. 107, comma 4, del TUIR; oppure che sono deducibili solo in parte, come quelli di cui allo stesso art. 107, commi 1, 2, e 3, o deducibili solo nell'esercizio in cui si verifica la condizione di deducibilità, come per gli accantonamenti a fronte di rischi specifici, fiscalmente indeducibile finché non si realizza la perdita, e la cui sopravvenuta insussistenza genera una sopravvenienza non imponibile perché conseguita a fronte di costi non dedotti. La deduzione potrebbe peraltro riguardare un componente diverso da quello rilevato contabilmente, come nel caso della perdita su crediti in luogo della svalutazione imputata a conto economico e della perdita del bene in luogo dell'accantonamento a fondo rischi imputato a conto economico.

all'esercizio in cui si manifesta la condizione di deducibilità fiscale. Quando questa si verifica, l'utilizzo del fondo non potrà mai dare luogo ad una sopravvenienza attiva.

Si tratta di poste contabili assoggettate a imposte e ormai pienamente disponibili per la società dal punto di vista tributario; esse potranno perciò essere riclassificate a riserva disponibile o distribuite alla stregua di utili, senza essere assoggettate a imposizione fiscale, in quanto essa era già avvenuta nell'esercizio in cui i fondi erano stati costituiti. In buona sostanza, i fondi tassati hanno, sotto il profilo dell'imposizione sui redditi della società, natura di riserve e come tali possono essere riclassificati.

Stesso discorso può farsi per i fondi che misurano accantonamenti eccedenti i limiti ammessi in deduzione ai fini della determinazione del reddito imponibile (si pensi, in particolare, agli accantonamenti di cui all'art. 107 del TUIR).

Talvolta, la contropartita patrimoniale di questi costi indeducibili è la eliminazione di una voce dell'attivo patrimoniale, come avviene nel caso di una perdita su crediti portata direttamente a riduzione del credito, stralciato quindi dalla contabilità. In questo caso non si ha un fondo tassato, mentre il valore fiscalmente riconosciuto dell'elemento patrimoniale depennato dalla contabilità resta immutato anche se il valore contabile diminuisce o addirittura sparisce.

Quando il fondo accoglie costi e accantonamenti deducibili si parla di **fondi dedotti**¹⁵⁴, ossia di fondi non liberamente disponibili ai fini fiscali, ma vincolati all'utilizzo per i quali furono costituiti (ad esempio, un fondo svalutazione crediti costituito con accantonamenti fiscalmente dedotti potrà essere utilizzato solo a fronte di perdite su crediti provviste dei requisiti di deducibilità fiscale, ed ogni altro utilizzo ne comporterà l'imponibilità).

I fondi tassati, a differenza di quelli dedotti, rivelano la presenza di disallineamenti tra valori civilistici e valori fiscalmente riconosciuti dei beni cui i fondi stessi attengono, perché il costo fiscalmente ammesso in deduzione è inferiore a quello contabilizzato secondo i corretti principi contabili. Conseguentemente anche il fondo rileva fiscalmente per un valore inferiore, mentre il corrispondente cespite dell'attivo patrimoniale rileva per un valore superiore a quello iscritto in bilancio.

¹⁵⁴ Cfr. Lupi R., Diritto tributario, parte speciale, Milano 2007, p. 80.

Un fenomeno opposto ai “fondi tassati” si verifica quando la legge consente di escludere da imposizione elementi positivi di reddito o di anticipare il concorso alla formazione del reddito imponibile di determinati componenti negativi, accantonandoli in una posta contabile chiamata “**riserva in sospensione d’imposta**”.

Si tratta quindi di incrementi di ricchezza venuti ad esistenza secondo le regole che governano la misurazione del reddito d’impresa, ma sottratti all’imposizione fino al verificarsi di quegli accadimenti, normativamente previsti, estintivi del regime di sospensione. Essi danno luogo a variazioni in diminuzione nella dichiarazione dei redditi, ove sia interessato il conto economico per la loro rilevazione contabile.

A tali poste contabili, invero, non corrispondono debiti o passività future, e quindi esse, dal punto di vista civilistico, vanno annoverate nell’ambito del patrimonio netto. Tali riserve, peraltro, non sono pienamente disponibili dal punto di vista fiscale, soffrendo di limitazioni di varia natura, a seconda di quanto prevede la specifica disposizione fiscale che ne sancisce la “sospensione d’imposta”.

L’imponibilità della riserva può scattare, ad esempio, con qualsiasi utilizzazione del fondo stesso (come per le riserve da condono ex art. 33, comma 9, della legge n. 413 del 1991), oppure con la distribuzione (come tipicamente avviene per le riserve di rivalutazione), o ancora con l’utilizzo diverso dalla copertura di perdite (come per le sopravvenienze attive ex artt. 55, comma 4, del d.P.R. n. 597 del 1975 e 55, comma 3, lett. b) del TUIR ante modifiche apportate dalla l. n. 449/1997). Talvolta sul protrarsi del regime di sospensione sono capaci di incidere anche eventi che interessano gli elementi dell’attivo in relazione ai quali le riserve medesime sono sorte.

In genere, alle riserve in sospensione di imposta fanno riscontro, all’attivo del bilancio, valori fiscalmente riconosciuti a tutti gli effetti. Ad esempio, a fronte delle riserve di rivalutazione monetaria, stanno maggiori valori dei cespiti rivalutati, dotati di pieno riconoscimento fiscale. Non possono invece considerarsi “in sospensione di imposta” gli utili e le riserve costituiti a fronte di maggiori valori dell’attivo di bilancio non aventi rilevanza fiscale. Si pensi alle riserve iscritte a fronte di “rivalutazioni economiche”, plusvalenze iscritte oggi irrilevanti ai fini fiscali. Nel caso in cui, nonostante l’irrilevanza fiscale dei maggiori valori iscritti, venisse costituito un vincolo di sospensione sulla riserva, occorrerebbe stabilire un collegamento tra vicende della

riserva e vicende delle attività, nel senso che la tassazione della riserva dovrebbe comportare un corrispondente incremento del valore fiscalmente riconosciuto delle attività, e al contrario il realizzo della plusvalenza sulle attività dovrebbe determinare il venir meno del vincolo di sospensione della riserva per l'ammontare corrispondente. Spesso le riserve in sospensione di imposta possono beneficiare di un regime di tassazione sostitutiva delle imposte sul reddito, che ha l'effetto di renderle disponibili.

In conclusione la presenza di fondi in sospensione d'imposta o fondi tassati rende talvolta dubbia la stessa individuazione del "patrimonio netto". Il criterio civilistico di identificazione del patrimonio netto, incentrato sull'esistenza di passività attuali o potenziali, non coincide infatti col criterio fiscale, che include le poste distribuibili senza imposizione per la società.

In altre parole, il patrimonio netto fiscale è più grande di quello civilistico perché comprende anche talune passività (corrispondenti sotto il profilo fiscale ai fondi tassati). Questo principio può considerarsi ancora attuale nonostante l'introduzione del principio di "derivazione rafforzata" dell'imponibile fiscale dal risultato di bilancio ex legge finanziaria per il 2008, e ciò perché il nuovo sistema "non elimina tutte le possibili divergenze tra i valori civili ed i valori fiscali degli elementi patrimoniali dell'impresa, in quanto anche le vigenti disposizioni fiscali non danno piena rilevanza a tutte le rappresentazioni di bilancio, creando in alcune ipotesi disallineamenti di valore "strutturali" (si pensi ad esempio, agli ammortamenti di beni materiali deducibili nei limiti dei coefficienti tabellari, agli ammortamenti di taluni beni immateriali deducibili solo extracontabilmente, agli accantonamenti al TFR deducibili nei limiti previsti dalle specifiche disposizioni legislative e contrattuali)"¹⁵⁵.

8.1 Segue: FATTISPECIE NORMATIVE CHE DANNO LUOGO A RISERVE IN SOSPENSIONE DI IMPOSTA.

In base alle varie leggi che nel tempo si sono succedute sull' "affrancamento" delle riserve in sospensione di imposta è possibile ricostruire (certamente non in modo esauriente) le fattispecie che possono risultare iscritte nei bilanci delle società.

¹⁵⁵Cfr. Circolare n. 33/E del 10 luglio 2009.

L'ultima che appare degna di nota attiene alle riserve in sospensione di imposta generate dal regime delle **deduzioni extra-contabili**.

Prima dell'introduzione di questo regime¹⁵⁶ non era possibile dedurre quote di ammortamento o di accantonamento, ammesse in deduzione dalle disposizioni fiscali, che non fossero state preventivamente imputate al conto economico dell'esercizio, o di esercizi anteriori, nei quali la deduzione non fosse stata effettuata per divieto espresso o per la facoltà riconosciuta al contribuente di rinviarla ad esercizi successivi. La ragione di ciò veniva ricondotta alla necessità di non consentire variazioni dirette a ridurre l'imponibile rispetto al risultato civilistico, in modo da impedire l'evidenziazione, e la possibile distribuzione, di utili non preventivamente tassati. Il divieto ostacolava, pertanto, ad esempio, la possibilità di dedurre quote di ammortamento o di accantonamento ammesse in deduzione dalle disposizioni fiscali a fronte dell'imputazione nel bilancio civile di ammortamenti o accantonamenti inferiori¹⁵⁷. In altri termini, leggendo in modo combinato l'art. 109, comma 4, e l'art. 83, comma 1, del TUIR, nella versione antecedente alla riforma del 2003, sembrava che tutti i dati che concorrevano a formare l'utile potessero essere rettificati, in aumento o in diminuzione, eccetto i costi che, rispetto all'ammontare emergente dal conto economico, potevano essere rettificati solo in diminuzione ma mai in aumento¹⁵⁸.

D'altro canto la normativa civilistica consentiva di effettuare accantonamenti e rettifiche di valore esclusivamente in applicazione di norme tributarie.

Gi ammortamenti, gli accantonamenti e le rettifiche di valore che potevano effettuarsi unicamente in applicazione di disposizioni tributarie, ai sensi dell'art. 2426, comma 2, c.c.¹⁵⁹, originavano fondi del passivo aventi natura di fondi dedotti che, come tali, non

¹⁵⁶ Tale regime è stato introdotto con la riforma fiscale del 2003 (dlgs n. 344 del 2003) e poi eliminato con la legge finanziaria per il 2008 (l. n. 277 del 2007).

¹⁵⁷ Così Crovato F., Lupi R., *Il reddito d'impresa*, Milano 2002, p. 29. Con l'introduzione del principio di dipendenza rafforzata dell'imponibile fiscale dal risultato del conto economico non è più consentito dedurre costi ammessi fiscalmente in deduzione ma non rilevati nel conto economico (ad esempio se viene contabilizzato un costo per ammortamento inferiore a quello fiscalmente ammesso, la differenza non può essere altrimenti dedotta), a meno che sia previsto espressamente che si possa procedere alla deduzione in dichiarazione (come, ad esempio, per l'ammortamento dell'avviamento).

¹⁵⁸ In tal senso Falsitta G., *Convergenze e divergenze tra diritto tributario e diritto commerciale nella disciplina del bilancio di esercizio*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1980 fasc. 2, pp. 193 – 221.

¹⁵⁹ Tali erano considerati, secondo il principio contabile OIC 1: gli ammortamenti eccedenti quanto necessario per ridurre il valore delle immobilizzazioni materiali in relazione alla loro residua possibilità di utilizzo (art. 102 del T.U.I.R.); gli ammortamenti eccedenti quanto necessario per ridurre il valore delle immobilizzazioni immateriali in relazione alla loro residua possibilità di utilizzo (art. 103 del T.U.I.R.);

creavano disallineamenti tra valori civilistici e valori fiscalmente riconosciuti del corrispondente attivo patrimoniale, risultando i criteri civilistici allineati (sebbene con una forzatura) a quelli fiscali di imputazione temporale dei costi¹⁶⁰.

Per espressa previsione normativa l'ammortamento anticipato doveva, invece, dar luogo ad una riserva in sospensione di imposta, ai sensi dell'art. 67, comma 3¹⁶¹.

L'art. 67, comma 3, del TUIR, ante riforma 2003, prevedeva che la misura massima deducibile a titolo di ammortamento "può essere elevata fino a due volte, per ammortamento anticipato nell'esercizio in cui i beni sono entrati in funzione per la prima volta e nei due successivi, a condizione che l'eccedenza, se nei rispettivi bilanci non sia stata imputata all'ammortamento dei beni, sia stata accantonata in apposita riserva che agli effetti fiscali costituisce parte integrante dell'ammortamento (...). Le quote di ammortamento stanziata in bilancio dopo il completamento dell'ammortamento agli effetti fiscali non sono deducibili e l'apposita riserva concorre a formare il reddito per l'ammontare prelevato dall'imprenditore o distribuito ai soci o imputato a capitale in eccedenza alle quote non dedotte". Dall'ultimo periodo dell'articolo 67, comma 3, si evinceva che la riserva per ammortamenti anticipati era in sospensione d'imposta, in quanto concorreva a formare il reddito per l'ammontare prelevato dall'imprenditore o

l'ammortamento dell'avviamento per l'eventuale differenza tra la misura massima fiscalmente ammessa e la quota di entità inferiore imputati in conto economico (art. 103, comma 3, del T.U.I.R.); l'ammortamento integrale nell'esercizio il cui relativo costo è stato sostenuto per beni di valore unitario non superiore a 516,46 euro (art. 102, comma 5, del T.U.I.R.); la svalutazione di lavori in corso su ordinazione eccedenti quanto necessario per tener conto delle perdite previste e dei rischi connessi nonché valutazione dei lavori in corso secondo il criterio della commessa completata (art. 93 del T.U.I.R.); la svalutazione dei crediti eccedenti quanto necessario per ridurre il loro valore al valore presumibile di realizzazione (art. 106, comma 1, del T.U.I.R.); gli accantonamenti a fronte delle spese per lavori ciclici di manutenzione e revisione delle navi e degli aeromobili (art. 107, comma 1, del T.U.I.R.); gli accantonamenti a fronte delle spese di ripristino o di sostituzione dei beni gratuitamente devolvibili (art. 107, comma 2, del T.U.I.R.); gli accantonamenti a fronte degli oneri derivanti da operazioni a premio e da concorsi a premio (art. 107, comma 3, del T.U.I.R.).

¹⁶⁰ Le valutazioni patrimoniali in senso fiscale non rispondono a procedimenti di stima ma a precise operazioni matematiche (ad esempio, coefficienti di ammortamento, ripartizione delle spese di pubblicità in più esercizi, percentuale di accantonamento al fondo svalutazione crediti ecc.). Le regole fiscali in questo campo servono a stabilire la c.d. "competenza interna" degli elementi reddituale da valutazione (in contrapposizione a quella esterna che riguarda le operazioni con terzi), ossia la distribuzione nel tempo degli stessi secondo il principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti. Cfr. Crovato F. Lupi R., *Il reddito di impresa*, op. cit. p. 239.

¹⁶¹ Al riguardo è stato molto discusso se fosse ammissibile la deduzione degli ammortamenti anticipati senza la previa imputazione al conto economico ex art. 75 (oggi 109), comma 4, del TUIR. Tuttavia, in via interpretativa, ad un certo punto, se ne era ammessa la deducibilità extra contabile, come risultava dalle istruzioni ai modelli di dichiarazione dei redditi a partire dal 1995. Di conseguenza alcune imprese, non imputando il costo in bilancio, alimentavano la riserva ammortamenti anticipati mediante destinazione dell'utile di esercizio. Con la legge finanziaria per il 2008, in linea con l'introduzione del principio di stretta derivazione dell'imponibile fiscale dal risultato del conto economico, è stata eliminata definitivamente la possibilità di effettuare ammortamenti anticipati.

distribuito ai soci o imputato a capitale, solo per la parte eccedente le quote di ammortamento non dedotte fiscalmente dopo il completamento dell'ammortamento agli effetti fiscali. Infatti, nel momento in cui la società rilevava tra le variazioni in aumento del suo reddito imponibile e della sua base imponibile IRAP le quote di ammortamento effettuate sulla base della normativa civilistica, ma non deducibili in quanto espressamente escluse fiscalmente perché già in precedenza dedotte sub specie di ammortamenti anticipati, la riserva per ammortamenti anticipati, per pari ammontare, non era più in sospensione d'imposta, ma liberamente utilizzabile.

Si trattava, invero, di una riserva che per finzione giuridico-fiscale si era formata con utili non soggetti a tassazione a seguito della possibilità di dedurre costi in sede esclusivamente fiscale (come avviene anche nel caso di svalutazione dei crediti effettuata al puro scopo di beneficiare della deduzione fiscale); sarebbe stato, pertanto, più corretto parlare di fondo dedotto.

L'obbligo del "disinquinamento" del bilancio aveva comportato la necessità di stralciare dal bilancio le poste aventi natura prettamente fiscale (risultanti come tali dalla nota integrativa): stralcio che, essendo trattato, dal punto di vista contabile, come "cambiamento di principio contabile", poteva dar luogo (secondo il principio contabile nazionale OIC 1) a componenti straordinari di reddito (corrispondenti ai fondi di ammortamento, accantonamento e svalutazione stornati) oppure (secondo il principio contabile internazionale IAS 8) ad una rettifica del patrimonio netto iniziale, mediante l'appostazione di una riserva destinata ad accogliere i saldi iniziali dei fondi in parola. Secondo gli ordinari principi di tassazione del reddito di impresa detto stralcio avrebbe originato materia imponibile sottoforma di sopravvenienza attiva, ai sensi dell'art. 88, comma 1, TUIR, trattandosi di sopravvenuta insussistenza di oneri dedotti in bilancio in esercizi precedenti. Per tale ragione era stata statuita l'irrelevanza fiscale del disinquinamento.

Lo storno di tali fondi dedotti, in contropartita della rilevazione di un componente straordinario positivo di reddito fiscalmente irrilevante, implicava, però, il formarsi di un disallineamento tra valori civilistici e valori fiscalmente riconosciuti dei relativi beni iscritti nell'attivo. Differenza il cui "riassorbimento", nel senso di riconduzione a tassazione, in dipendenza del principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti, veniva lasciata all'eventuale realizzo (attraverso, ad esempio, la vendita, l'assegnazione

ai soci, la destinazione a finalità estranee all'esercizio di impresa) del bene o alla successiva imputazione di ammortamenti o accantonamenti non più rilevanti fiscalmente e, quindi, da recuperare a tassazione nella dichiarazione dei redditi.

Questi disallineamenti, risultando originati da costi considerati dedotti fiscalmente senza imputazione a conto economico, come spiegato dalla circolare n. 27/E del 2005, venivano assoggettati al regime delle deduzioni extracontabili e, quindi, sottoposti al vincolo di sospensione per masse sulle riserve di patrimonio netto e sugli utili portati a nuovo. Di conseguenza, la distribuzione delle poste vincolate, ove ne avesse determinato la ripresa a tassazione, avrebbe comportato il riallineamento tra valori fiscali e civili.

Alcune riserve risultanti in sospensione di imposta in applicazione di specifiche disposizioni tributarie, non essendo collegate ad un disallineamento tra valori civilistici e fiscali, non si consideravano rientranti nella disciplina del disinquinamento, di conseguenza non si poteva procedere all'eliminazione della specifica riserva sostituendola con l'apposizione di un vincolo di sospensione d'imposta di pari importo, su una corrispondente quota di patrimonio netto. Era questo il caso della riserva ex art. 70, comma 2 bis, TUIR, ante riforma 2003, che doveva essere istituita a fronte della deduzione di un importo non superiore al 3 per cento delle quote di accantonamento annuale del TFR destinate a forme pensionistiche complementari.

Per quanto riguarda gli ammortamenti anticipati è stato osservato che in tutti i casi in cui era stata alimentata l'apposita riserva in sospensione d'imposta (sia mediante destinazione dell'utile d'esercizio, che come contropartita degli ammortamenti anticipati imputati al conto economico), tale riserva doveva essere «liberata», in quanto il nuovo disposto dell'art. 109, comma 4, lett. b), del D.P.R. n. 917/1986 non prevedeva più la necessità della sua esistenza. Più in particolare, questa opinione riteneva che tale riserva per ammortamenti anticipati dovesse essere girata ad una riserva di utili (ad esempio, alla riserva straordinaria), perdendo al contempo la caratteristica di essere in sospensione d'imposta¹⁶².

Tuttavia, la legge n. 311 del 2004, all'art. 1, comma 473, in tema di affrancamento delle riserve e fondi in sospensione di imposta presenti nei bilanci societari dell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2004, aveva escluso tale possibilità di affrancamento per

¹⁶² Vasapolli A., Vasapolli G., Il disinquinamento del bilancio nei principi contabili nazionali in, Corriere tributario, 2005 fasc. 12, pp. 907 - 911

la riserva ammortamenti anticipati. La motivazione era da ricercarsi nel fatto, come esplicitato nella relazione accompagnamento a tale legge, che “la loro liberazione non può avvenire senza un conseguente incremento del costo fiscale dei beni su cui sono stati calcolati i maggiori ammortamenti (il suddetto incremento comporterebbe il diritto di dedurre nuovamente gli ammortamenti con un rilevante effetto negativo sul gettito erariale)... In definitiva – continua la relazione – a fronte del pagamento delle aliquote ridotte, le imprese potranno liberare le riserve in sospensione e potranno liberamente distribuirle ai soci, ma non sarà possibile ottenere ulteriori benefici di natura tributaria”. In altri termini, l’affrancamento, permettendo di liberare la riserva, e quindi di cancellare gli ammortamenti già dedotti con rilevanza sia ai fini fiscali che civilistici, avrebbe consentito di riallineare il valore fiscale dei beni sottoposti ad ammortamento. Invero, la riserva ammortamenti anticipati, essendo stata oggetto del disinquinamento fiscale, aveva mantenuto la propria rilevanza fiscale: infatti il disinquinamento, nel consentire l’espulsione delle quote di ammortamento che non trovavano una giustificazione economica, manteneva la rilevanza fiscale degli ammortamenti dedotti (anche se cancellati dalle risultanze contabili), determinando così il disallineamento tra valori civilistici e fiscali dei beni relativi.

L’introduzione del regime delle deduzioni extra contabili consentiva, come detto, di portare in deduzione gli ammortamenti, le altre rettifiche di valori e gli accantonamenti, nonché la differenza tra i canoni di locazione finanziaria e la somma degli ammortamenti dei beni acquisiti in leasing e degli interessi passivi derivanti dai relativi contratti, a prescindere dalla preventiva imputazione al conto economico, a condizione però che in apposito prospetto della dichiarazione dei redditi fosse indicato il loro importo complessivo, i valori civili e fiscali dei beni e quelli dei fondi, e fosse istituito un vincolo alla distribuzione delle riserve e degli utili.

La legge finanziaria per il 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244) aveva eliminato questo regime e previsto, in contemporanea, un regime opzionale, basato sul pagamento di un imposta sostitutiva progressiva¹⁶³, per l’eliminazione del disallineamento tra valori

¹⁶³ La progressività di questo prelievo è stata messa in discussione sia in confronto con la proporzionalità dell’IRES, sia in confronto alla progressività dell’Irpef. Inoltre, è apparso un prelievo destinato a sostituire non l’imposta ordinaria del periodo in cui l’opzione poteva essere esercitata, ma l’imposta ordinaria degli esercizi successivi. Cfr Zizzo G., L’imposta sul reddito delle società, in Manuale di diritto tributario. Parte speciale, di Falsitta G., Padova, 2009, p. 393.

fiscalmente riconosciuti e valori contabili prodotto dalle deduzioni extra contabili, così da consentire l'anticipo del riassorbimento delle differenze, senza, cioè, attendere le rettifiche in aumento del risultato del conto economico con riferimento agli esercizi in cui i decrementi patrimoniali si sarebbero manifestati contabilmente¹⁶⁴. Accanto a questa imposta sostitutiva, volta ad elidere del tutto gli effetti delle deduzioni in questione, la legge finanziaria per il 2008 ne aveva previsto un'altra destinata a sopprimere il solo vincolo di copertura sulle riserve e gli utili¹⁶⁵.

Considerata la natura opzionale delle disposizioni citate, i soggetti che non hanno fruito del regime di imposizione sostitutiva possono ancora subire gli effetti del vincolo di sospensione di imposta su utile e riserve generato dalle deduzioni extra contabili.

A tal proposito occorre dire che benché soggette ad un vincolo simile a quello tipico delle riserve in sospensione di imposta, quelle imputate a copertura delle deduzioni extra contabili non possono considerarsi "riserve in sospensione di imposta" in senso proprio, perché il vincolo costituito non interessa una precisa quota del patrimonio netto, ma grava sulla generalità delle riserve¹⁶⁶. Il principio di copertura non opera laddove le riserve e gli utili di esercizio sono utilizzati per scopi diversi dall'attribuzione ai soci, ad esempio per coprire perdite o per incrementare il capitale sociale. Rileva, invece, al momento della distribuzione di riserve di patrimonio netto, senza distinzione

¹⁶⁴ Sotto forma di maggiori ammortamenti, altre rettifiche di valore e accantonamenti, o di minori plusvalenze/ maggiori minusvalenze, o di distribuzione di riserve o utili in carenza di copertura patrimoniale.

¹⁶⁵ È sembrato ad alcuni studiosi che l'abrogazione del meccanismo di deduzione extra contabile fosse la contropartita della riduzione dell'aliquota IRES (da 33 a 27,5%) disposta dalla legge finanziaria per il 2008, in una logica di scambio che aveva trasformato tale meccanismo, da strumento di sistema, in una agevolazione. Cfr Zizzo G., *L'imposta sul reddito delle società*, op. cit. p. 390. In effetti, esso appariva sia come mezzo per liberare i bilanci dai condizionamenti di natura fiscale, sia per garantire alle forfetizzazioni un impatto simmetrico sulla deduzione dei componenti negativi: di operare cioè, tanto in funzione di un loro allineamento verso il basso, se imputati a conto economico in misura superiore al limite fissato in via forfettaria dalla legislazione tributaria, quanto in funzione di un loro allineamento verso l'alto, se imputati a conto economico in misura inferiore al predetto limite. La rimozione dello strumento tende ad incidere solo formalmente su quest'ultimo profilo, poiché il descritto allineamento tende a tornare a monte, al calcolo del risultato di esercizio, tende, in altri termini, a tornare in clandestinità, sotto forma di nuovi inquinamenti fiscali del bilancio. In questa prospettiva si inserisce il potere conferito dalla legge finanziaria per il 2008 agli uffici fiscali di disconoscere la deduzione di ammortamenti, rettifiche di valore e accantonamenti imputati a conto economico che si manifestano non coerenti con i comportamenti contabili sistematicamente tenuti prima della predetta scomparsa. Ciò implica una distinzione tra ammortamenti, rettifiche di valori e accantonamenti giustificati economicamente e non.

¹⁶⁶ Così Zizzo G., *L'imposta sul reddito delle società*, op. cit., p. 282 nota 24. Il principio di copertura non condizionava però la deduzione extra contabile, la quale poteva avvenire anche in totale assenza di riserve ed utili di esercizio, purché il loro importo fosse rappresentato nell'apposito prospetto della dichiarazione.

tra riserve di utili e riserve di capitale, e degli utili di esercizio, anche se conseguiti successivamente al periodo di imposta cui si riferisce la deduzione. In caso di distribuzione, infatti, le riserve e gli utili concorrono a formare il reddito se e nella misura in cui l'ammontare delle restanti riserve e dei restanti utili riportati a nuovo risulta inferiore all'eccedenza degli ammortamenti, delle rettifiche di valore e degli accantonamenti dedotti rispetto a quelli imputati a conto economico. Alla formazione del reddito di impresa partecipa, come variazione in aumento al risultato del conto economico dell'esercizio in cui viene deliberata la restituzione, l'importo delle riserve e degli utili distribuiti, per intero o per la parte per cui difetta la copertura, a prescindere dall'ammontare delle deduzioni extra contabili eseguite, il quale rileva unicamente ai fini della verifica della copertura. Tale importo poi deve essere aumentato delle correlate imposte differite, in modo da recuperare a tassazione, in occasione della distribuzione, l'intero valore dedotto extra contabilmente¹⁶⁷. In altri termini, in caso di distribuzione, gli oneri dedotti extra contabilmente devono trovare copertura nel patrimonio netto della società, al netto del capitale sociale.

Tra l'altro, il rimando al patrimonio netto contabile solleva un problema di parità di trattamento tra società che adottano i principi contabili nazionali e quelle che adottano i principi contabili internazionali, perché il patrimonio netto di queste ultime, a differenza di quello delle prime, esprime anche i plusvalori maturati sui beni valutati al fair value. Conseguentemente, a parità di condizioni, una società che applica gli IAS, può essere dotata di una copertura patrimoniale per le deduzioni extra contabili, mentre un'altra che applica i principi nazionali no¹⁶⁸.

In difetto di copertura, e sino a concorrenza dell'importo degli oneri dedotti extra contabilmente sprovvisti della stessa, le somme distribuite concorrono a formare il reddito, come se oggetto di ripartizione fossero le riserve in sospensione di imposta.

Poiché le differenze tra risultato civilistico e imponibile fiscale risultano solo temporanee e quindi destinate a scomparire, la distribuzione medio tempore delle riserve e degli utili costituisce un fattore di imponibilità.

¹⁶⁷ Ad esempio, ipotizzando che ad una deduzione extra contabile di 100 corrisponda un utile di 67 e un accantonamento al fondo imposte differite di 33, al fine di recuperare a tassazione l'intero valore dedotto in sede di distribuzione dell'utile, è necessario sommare a quest'ultimo l'importo di dette imposte differite. Cfr. Zizzo G. L'imposta sul reddito delle società, op. cit. p. 389.

¹⁶⁸ Cfr. Zizzo G., L'imposta sul reddito delle società, op. cit. p. 389

Varie tesi sono state addotte per giustificare questa previsione. Secondo un primo orientamento¹⁶⁹ si tratterebbe di uno strumento di cautela fiscale: impedire la distribuzione dell'incremento patrimoniale non tassato significa assicurare l'esistenza dei mezzi per fronteggiare il prelievo al momento dell'insorgenza della relativa obbligazione tributaria. Tuttavia, non si spiega perché un analogo vincolo non è previsto in tutti i casi di variazioni in diminuzione prima e in aumento poi, come ad esempio per le plusvalenze e le sopravvenienze rateizzate di cui agli art. 86, comma 4, e 88, comma 3, lett. b) del TUIR. Secondo un'altra tesi scopo di questa copertura è quello di favorire il rafforzamento degli apparati produttivi¹⁷⁰: l'astensione dalla distribuzione di tali mezzi sarebbe il prezzo dovuto dalle imprese per beneficiare pienamente del regime derogatorio di cui si discute. Infine, un terzo orientamento ha ritenuto che il motivo di questa disciplina sia da ricercarsi nell'intento di assicurare una sostanziale equivalenza, sotto il profilo tributario, tra deduzione extra contabile e deduzione contabile, nel senso di far emergere gli stessi effetti tributari, configurando l'emersione di una sorta di sopravvenienza attiva, laddove la contropartita patrimoniale della deduzione extra contabile venga in concreto, con la distribuzione ai soci, trattata quale posta di patrimonio netto anziché quale passività¹⁷¹.

Le altre riserve e i fondi in sospensione di imposta che possono risultare ancora iscritti nel bilancio delle società, se non affrancati in applicazione di qualche apposita legge, sono per lo più riconducibili alle seguenti categorie:

- riserve ex art. 55, comma 3, lettera b), del TUIR ante riforma;
- riserve derivanti da operazioni di conferimento e di concentrazione;
- riserva da fusione tra società conferente e società conferitaria prevista dall'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 27 della L. n. 724 del 1994;
- riserve da condono;
- riserva ex art. 70, comma 2-bis, del TUIR ante riforma;
- riserve derivanti dai saldi attivi di rivalutazione monetaria

¹⁶⁹ Lupi R., Le cautele in caso di distribuzione non resuscitano la maggiorazione di conguaglio, in AAVV, La tassazione delle società nella riforma fiscale, Il Sole24ore, 2004

¹⁷⁰ Falsitta G., Il problema dei rapporti tra bilancio civile e bilancio fiscale nel progetto di riforma dell'imposta sulle società (IRES), in Riv.dir.trib., 2003, I, p. 931.

¹⁷¹ Zizzo G., L'imposta sul reddito delle società, op. cit. p. 390.

- Riserve vincolate a fronte del c.d. riallineamento dei valori civili e fiscali dei beni rivalutabili ex art. 14 l. 342/2000.

L'Amministrazione finanziaria ha avuto modo di distinguere a tal riguardo tra fondi assoggettati ad un regime di moderata sospensione, la cui tassazione si verifica solo in caso di specifici utilizzi (principalmente nel caso di distribuzione ai soci, come per i saldi di rivalutazione monetaria) e fondi assoggettati ad un radicale regime di sospensione, tassati, invece, per qualsiasi utilizzo, esclusa generalmente la copertura di perdite (come i fondi di riserva per ammortamenti anticipati, i vecchi fondi relativi ai contributi in conto capitale ex art. 55, comma 3, lett. b), TUIR)¹⁷².

Non si possono considerare in sospensione di imposta anche gli utili non tassati per via di variazioni fiscali da valutazione, soggetti a tassazione in caso di distribuzione, perché si tratta di “riserve” che per finzione giuridico-fiscale si sono formate con utili non soggetti a tassazione a seguito della possibilità di dedurre costi ed oneri in sede esclusivamente fiscale (come era, ad esempio, per gli ammortamenti anticipati e come è per la svalutazione dei crediti effettuata al puro scopo di beneficiare della deduzione fiscale). Si deve parlare, in questi casi di fondi dedotti, il cui utilizzo dà luogo a sopravvenienze attive per la società.

L'art. 55, comma 3, lettera b), del TUIR ante riforma, nella versione in vigore sino al periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 1997, prevedeva la possibilità di escludere dall'imposizione il 50 per cento dell'ammontare dei proventi in denaro o in natura conseguiti a titolo di contributo o di liberalità, esclusi i contributi di cui alle lettere e) e f) del comma 1 dell'articolo 53 “... se accantonato in apposita riserva”.

Contabilmente i contributi in conto capitale potevano essere imputati direttamente al patrimonio netto¹⁷³, ma fiscalmente essi erano (e sono) considerati sopravvenienze attive.

L'importo anzidetto concorre alla formazione del reddito nella misura in cui detta riserva è utilizzata per scopi diversi dalla copertura di perdite di esercizio e, quindi, per la distribuzione ai soci o per l'imputazione ad aumento del capitale sociale o ad altra

¹⁷² In tal senso risoluzione 11 gennaio 2001, n. 1/E e risoluzione 18 settembre 2001, n. 131/E.

¹⁷³ In tal senso Colombo G.E., Il bilancio e le operazioni sul capitale, in Giur.comm., 1984, p. 841.

posta del patrimonio netto; o se i beni ricevuti sono destinati all'uso personale o familiare dell'imprenditore, assegnati ai soci o a finalità estranee all'esercizio dell'impresa. Si tratta di una forma di sospensione molto rigida, anche se il regime di sospensione si presenta a lunga durata. La possibilità di utilizzare la riserva a copertura di perdite senza dar luogo a reddito imponibile ha suscitato le critiche di attenta dottrina sulla disparità di trattamento della stessa sopravvenienza attiva nelle diverse ipotesi di utilizzo. In effetti la possibilità di imputare la riserva a copertura di perdite riportabili fiscalmente comporta la sostanziale trasformazione di una sospensione in una esenzione di imposta. La possibilità, poi, lasciata aperta di utilizzare la riserva a copertura di perdite civili non riconosciute fiscalmente (perché derivanti da ammortamenti, accantonamenti o svalutazioni indeducibili), comporta l'ulteriore problema della "sparizione" della riserva in sospensione di imposta (senza che essa subisca alcuna tassazione) e della sua trasformazione in un fondo tassato (corrispondente ai componenti negativi rilevati in bilancio proprio allo scopo di determinare la perdita destinata ad essere assorbita con la riserva in sospensione di imposta e non dedotti in dichiarazione dei redditi e perciò non incidenti sui valori fiscalmente riconosciuti dell'attivo)¹⁷⁴.

Per quanto riguarda le **riserve derivanti da operazioni di conferimento e di concentrazione**, si possono annoverare quelle formatesi in occasioni di conferimenti agevolati ai sensi dell'art. 34 della l. 2 dicembre 1975, n. 576, e dell'art. 10 della l. 16 dicembre 1977, n. 904.

L'art. 34 della L. 2 dicembre 1975, n. 576, prevedeva un particolare regime di favore per i conferimenti di aziende eseguiti entro il 31 dicembre 1980, estendendovi il regime di neutralità, sebbene temporanea, delle fusioni ex art. 16, comma 1, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 598.

Si è trattato, invero, di un'agevolazione che non consisteva in un'esenzione ma in un puro e semplice rinvio del prelievo fiscale.

L'introduzione delle agevolazioni in questione si era resa necessaria per neutralizzare, in un periodo di difficile funzionamento dell'economia nazionale, le gravose conseguenze fiscali derivanti dall'applicazione dell'art. 54 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, il

¹⁷⁴ R. Lupi, Fondi in sospensione d'imposta e copertura di perdite, in Rivista di dir. Trib., 1991, fasc. 1, p. 482 ss

quale prevedeva che in regime ordinario tutti i conferimenti in società (compresi quelli di aziende) costituivano realizzo tassabile di plusvalenze, date dalla differenza tra l'ultimo costo fiscalmente riconosciuto dei beni conferiti e il valore normale delle azioni ricevute (in caso di azioni quotate in borsa), ovvero dalla differenza fra il predetto costo dei beni conferiti e il valore normale dei beni stessi in ogni altro caso.

In tal modo, come le fusioni, anche i conferimenti d'azienda, sia pure in via temporanea, venivano considerati come operazioni fiscalmente neutre, nel senso che non costituivano di per sè realizzo nè distribuzione di plusvalenze o di minusvalenze, ancorchè esse risultassero dalle situazioni patrimoniali prescritte dall'art. 2502 del codice civile.

Si riteneva, inoltre, che il recupero a tassazione della materia imponibile dovesse avvenire, in capo al conferente, in base al regime tributario vigente nel periodo di imposta nel corso del quale si fossero verificati i successivi eventi realizzativi descritti dalla legge e che pertanto l'imponibile fosse costituito non dalle plusvalenze originarie ma da nuove componenti di reddito ormai del tutto autonome¹⁷⁵.

Diversamente che nelle fusioni, in cui ai sensi dell'art. 16, comma 1, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 598, la sospensione d'imposta implicava lo spostamento della tassazione delle plusvalenze in capo alla società ricevente, e a questo fine era fatto obbligo a tale società di assumere i beni provenienti dalla fusione agli stessi costi fiscalmente riconosciuti in capo alle società fuse o incorporate, nei conferimenti agevolati ex art. 34 della L. n. 576, non implicando gli stessi un mutamento del soggetto passivo del tributo, si riteneva che l'imposta restasse dovuta dalla stessa impresa conferente al verificarsi degli eventi previsti, dalla medesima norma, come fatti generatori del tributo.

La società ricevente, invece, poteva iscrivere in bilancio i beni ricevuti sulla base dei valori correnti, al momento del conferimento, risultanti in maniera analitica o globale dalla relazione di stima, a nulla rilevando che detti valori comprendessero plusvalenze per le quali non era stata ancora operata la relativa tassazione a carico della società apportante.

Mentre nelle fusioni la sospensione dell'imposta si attuava mantenendo i beni presso la società ricevente allo stesso costo fiscale d'origine, in caso di conferimento d'azienda,

¹⁷⁵ Circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 21 marzo 1980

dovendosi operare la tassazione futura, pur sempre a carico dell'impresa conferente, si rendeva necessario trasferire il costo fiscalmente riconosciuto dell'azienda conferita sulle azioni o sulle quote ricevute in cambio.

Secondo l'art. 34 in parola la plusvalenza di cui si disponeva la sospensione della tassazione, fino al momento del realizzo o della distribuzione ai soci, era pari alla differenza tra il valore delle partecipazioni ricevute (o il valore normale dei beni conferiti) e l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dei beni conferiti, cioè esattamente pari alla plusvalenza che si sarebbe realizzata sotto il regime ordinario di tassazione dei conferimenti. A tale scopo, le azioni o quote ricevute dovevano essere valorizzate ad un costo fiscale pari all'ultimo costo riconosciuto dell'azienda conferita. In altri termini tale costo doveva essere calcolato sommando algebricamente i singoli costi delle attività e delle passività conferite. Non venivano, chiaramente, computate le voci del patrimonio netto dell'impresa conferente, esprimendo le stesse un saldo contabile non suscettibile di alienazione a terzi, nè le poste correttive dell'attivo, le stesse estinguendosi come effetto inevitabile e consequenziale dell'apporto, né, infine, i fondi rischi che, pur potendo rinvenirsi nel bilancio della conferitaria, si ritenevano ivi costituiti a titolo originario.

Ai fini dell'applicazione del regime di agevolazione non si richiedeva l'evidenziazione delle plusvalenze in un apposita riserva del bilancio della conferente, ma il Ministero riteneva che occorresse darne comunque indicazione in dichiarazione dei redditi.

Il riferimento alle sole ipotesi di realizzo o di distribuzione della plusvalenza, e non all'aumento di capitale, unitamente alla possibilità di non evidenziare separatamente in bilancio la riserva da plusvalenza di concentrazione, veniva interpretato come possibilità di utilizzo della stessa riserva - per scopi diversi dalla distribuzione ai soci - in conformità alle disposizioni del codice civile.

Pertanto, si riteneva che in caso di aumento gratuito di capitale effettuato dalla società ricevente mediante utilizzo di una riserva di concentrazione, l'imposta dovesse essere prelevata soltanto in occasione di successive riduzioni per esuberanza del capitale. Come, del resto, prevedeva l'art. 24 della stessa L. 2 dicembre 1975, n. 576, con riferimento ai fondi derivanti da rivalutazioni per conguaglio monetario.

Si consideravano ipotesi di realizzo di detta plusvalenza, e quindi di interruzione del regime di sospensione, la vendita e la distribuzione delle azioni o quote ricevute per effetto del conferimento, nonché la destinazione dei predetti beni ad uso privato o,

comunque, a finalità estranee all'esercizio dell'impresa. In tali fattispecie, il costo rilevante ai fini del calcolo della plusvalenza risultava essere l'ultimo costo fiscalmente riconosciuto dei beni conferiti, e cioè quella cifra che sarebbe stata posta a base del calcolo della plusvalenza di conferimento se il conferimento stesso non avesse formato oggetto di agevolazione fiscale. Per tale motivo si riteneva che la plusvalenza di concentrazione, per effetto delle agevolazioni fiscali, perdesse la sua identità e diventasse una componente autonoma di reddito in funzione della situazione e della disciplina fiscale esistente al momento in cui si fossero verificate le condizioni per il recupero a tassazione.

Accanto al realizzo della partecipazione ricevuta si poneva come fatto generatore di recupero a tassazione, anche la riduzione da parte della società del suo patrimonio netto, attraverso la distribuzione ai soci di riserve eventualmente iscritte in bilancio in sede di conferimento. Tale tassazione comportava un corrispondente aumento del costo fiscale riconosciuto delle azioni o delle quote ricevute in cambio dei beni apportati.

Come spiegato dalla risoluzione n. 82 del Ministero delle finanze del 6 giugno 2000, la L. 576 del 1975 e la L. 904 del 1977 attribuivano pieno riconoscimento ai valori assunti dalla conferitaria. L'iscrizione della riserva in sospensione d'imposta era finalizzata, in quel contesto, ad evitare una più o meno rapida monetizzazione – attraverso la sua distribuzione ai soci - del vantaggio fiscale immediatamente conseguito dalla conferitaria, cui erano consentiti maggiori ammortamenti e minori redditi imponibili.

Poichè la legge aveva ammesso il salto d'imposta, solo tendenzialmente destinato a ricomporsi nel momento in cui la conferente avesse realizzato le azioni o quote ricevute, la particolare disciplina delle riserve ha dato evidenza ad un arricchimento patrimoniale unicamente utilizzabile per coprire perdite d'esercizio.

Nei conferimenti agevolati la sospensione sui maggiori valori attribuiti in sede di conferimento ha perdurato - per la conferente – sia nell'Attivo, con riguardo alle azioni o quote della conferitaria il cui valore fiscale è rimasto inferiore a quello di libro, sia nel Passivo, nella apposita "riserva". Tra la sospensione nell'Attivo e quella nel Passivo sussiste una reciproca interrelazione.

Il realizzo delle partecipazioni, implicandone l'imponibilità riduce, per pari importo, la riserva da considerare fiscalmente in sospensione d'imposta. Viceversa, il concorso al

reddito della riserva distribuita provoca il contestuale incremento del valore fiscale della partecipazione.

Soltanto il suo utilizzo a copertura di perdite, non configurando fattispecie imponibile, non ha alcun effetto d'affrancamento del valore fiscale della partecipazione.

Dunque è chiaro che a fronte della plusvalenza da conferimento agevolato, iscritta in apposita riserva del patrimonio netto, sta un disallineamento tra valore della partecipazione iscritta in bilancio dal conferente e valore fiscalmente riconosciuto della stessa, quest'ultimo posto pari all'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dei beni conferiti. In senso tecnico quindi questa riserva¹⁷⁶ non è affatto in sospensione di imposta, proprio perché il valore della partecipazione è fiscalmente riconosciuto fino a concorrenza del costo storico dei beni conferiti. Si tratta quindi di una sorta di plusvalenza iscritta in bilancio ma fiscalmente irrilevante¹⁷⁷.

Alcune leggi successive hanno reso possibile eliminare questo disallineamento mediante il pagamento di una imposta sostitutiva, che ha avuto anche l'effetto di liberare la relativa riserva dal regime di sospensione di imposta¹⁷⁸. Altre¹⁷⁹ hanno previsto l'affrancamento della riserva da conferimento agevolato sempre mediante il pagamento di una imposta sostitutiva delle imposte ordinarie, con effetto anche sul disallineamento.

Diverso era il caso dei conferimenti ex art. 4 del D.Lgs. 358/1997, emanato in attuazione della disposizione di delega contenuta nell'art. 3, comma 161, lettera b) della legge 662/1996, che aveva introdotto uno speciale regime di neutralità fiscale per taluni

¹⁷⁶ Le disposizioni in parola parlano di fondi e riserve in sospensione di imposta. L'uso della parola fondi può apparire tecnicamente errato. Tuttavia dimostra l'agnosticismo del legislatore tributario circa la vincolatività della denominazione civilistica anche per gli altri soggetti produttori di reddito di impresa che non sono società di capitali, come le società di persone, le imprese individuali, gli enti commerciali, le stabili organizzazioni di soggetti non residenti. Sul punto Di Tanno T., Le imposte sostitutive su riserve e fondi in sospensione di imposta, in Boll.trib., 11, 1995, p. 820, nota 2.

¹⁷⁷ Lupi R., Fondi in sospensione di imposta e copertura di perdite: spunti per una discussione, in Riv.dir.trib., 1991, fasc. 1, p. 482 ss, nota 2.

¹⁷⁸ Così il comma 4 dell'art. 22 del decreto-legge 23 febbraio 1995, n. 41 convertito dalla legge 22 marzo 1995, n. 85., esplicitato dalla circolare del Ministero delle finanze n. 310 del 4/12/1995.

¹⁷⁹ L'ultima è la legge 30 dicembre 2004, n. 311 - Articolo 1, commi da 473 a 478; la prima è stata la legge 29 dicembre 1990, n. 408, art. 8. Il pagamento dell'imposta sostitutiva ha avuto, in questa fattispecie di riserve che non sono tecnicamente in sospensione di imposta, l'effetto di consentire una rivalutazione, molto vantaggiosa, delle partecipazioni iscritte a fronte del conferimento agevolato effettuato a suo tempo. Il vantaggio si rinviene nella modesta imposta scontata dal conferente a riequilibrio del risparmio di imposizione ordinaria (all'epoca Irpeg e Ilor) di cui aveva beneficiato tempo addietro la conferitaria, mediante il pieno riconoscimento fiscale dei maggiori valori dei beni ricevuti. L'ultima legge di affrancamento, sopra citata, è apparsa ancora più conveniente, rispetto a quelle avutesi nel passato, in ragione, oltre che dell'aliquota più bassa dell'imposta sostitutiva, anche del nuovo sistema di imposizione del reddito delle società e dei dividendi presso i soci.

conferimenti di aziende. A norma di tale disposizione i conferimenti posti in essere tra società di capitali e/o enti commerciali residenti aventi ad oggetto aziende possedute da almeno tre anni, non costituivano realizzo di plusvalenze o minusvalenze a condizione che il soggetto conferente assumesse, quale valore delle partecipazioni ricevute, l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dell'azienda conferita e che al contempo il soggetto conferitario subentrasse nella posizione di quello conferente in ordine agli elementi dell'attivo e del passivo dell'azienda stessa, facendo risultare da apposito prospetto di riconciliazione, da allegare alla dichiarazione dei redditi, i dati esposti in bilancio e i valori fiscalmente riconosciuti.

Il regime in esame è stato chiamato anche di “doppia sospensione”, in quanto creava un eccesso di valori contabili, rispetto a quelli riconosciuti fiscalmente, sia per quanto riguarda la conferente, con riferimento ai titoli ricevuti a seguito del conferimento, sia riguardo alla conferitaria, con riferimento all'azienda ricevuta.

L'intento del legislatore, reso palese nella relazione governativa al provvedimento, era quello di venire incontro alle eventuali esigenze civilistiche di recepire nelle scritture contabili della conferitaria le plusvalenze latenti e/o l'avviamento presenti presso la conferente ed evidenziate nella perizia ex art. 2343 del Codice Civile, escludendone al contempo qualsiasi interferenza di tipo fiscale.

Per la società conferente il plusvalore civilistico avrebbe avuto, a rigore, natura di ordinario utile dell'esercizio, salve ragioni particolari, sempre di ordine civilistico, che inducessero a inserire il relativo ammontare in una speciale riserva, distinta dall'utile di periodo¹⁸⁰. Per la società conferitaria si sarebbe trattato invece di “capitale di apporto”, ottenuto a seguito del ricevimento di un conferimento.

Tuttavia, il comma terzo dell'art. 4 prevedeva che l'aumento del patrimonio netto del soggetto conferitario si considerasse formato con gli utili di cui all'art. 41 (oggi art. 44), comma primo, lettera e) del D.P.R. 917/86, per la parte eccedente il costo fiscalmente riconosciuto dell'azienda conferita.

La previsione in questione derogava, quindi, alla natura economico-sostanziale del fenomeno, in quanto il controvalore contabile del conferimento, iscritto nel bilancio del

¹⁸⁰Una ragione della registrazione della somma in esame in una speciale riserva potrebbe risiedere in considerazioni di prudenza. L'elemento reddituale derivante dal conferimento ha infatti fondamento valutativo, il che potrebbe, in certe situazioni, rendere opportuno non aggiungerlo agli ordinari utili di periodo.

soggetto conferitario come capitale ovvero parte come capitale e parte come “sovrapprezzo”, costituisce un apporto patrimoniale¹⁸¹, la cui restituzione richiede la riduzione del costo (civilistico) della partecipazione in capo al soggetto conferente.

L’attribuzione, alla restituzione ai soci delle somme in esame, della natura di distribuzione di utili, aveva lo scopo, appalesato nella Relazione governativa, di evitare che la divergenza tra valori di bilancio e valori fiscalmente riconosciuti ostacolasse i meccanismi (credito di imposta, deduzione di minusvalenze su titoli, svalutazioni e partecipazioni ecc.), che ordinariamente evitavano un effetto di cumulo (e di conseguenza doppie imposizioni economiche) tra le plusvalenze realizzate sulle partecipazioni e le plusvalenze realizzate sui beni ricevuti dalla conferitaria¹⁸². Il momento della distribuzione della riserva di conferimento rilevava pertanto sulla materiale disponibilità di credito di imposta attribuibile al socio.

Il terzo comma dell’art. 4 in esame disponeva la qualifica della “riserva di conferimento” per il soggetto conferitario, mentre nulla disponeva in merito al soggetto conferente.

Tale silenzio non era da imputarsi al fatto che il soggetto conferente non fosse titolato ad iscrivere la partecipazione ricevuta ad un valore superiore a quello a cui erano iscritti i beni componenti l’azienda conferita, pur mantenendone l’ultimo valore fiscalmente riconosciuto; tale differenza positiva, avrebbe però assunto solo natura di utile o di riserva.

In effetti, altre disposizioni normative in tema di conferimenti agevolati, come l’art. 2, comma 2 del D.Lgs. 544/1992, al quale il regime di neutralità in questione mirava ad armonizzarsi, espressamente prevedevano che se le partecipazioni ricevute fossero state iscritte in bilancio ad un valore superiore a quello contabile dell’azienda conferita la differenza avrebbe dovuto essere iscritta in apposito fondo e concorre alla formazione del reddito imponibile in caso di distribuzione.

Analogamente, l’art. 7 della legge 218/1990, riguardante i conferimenti agevolati di istituti bancari (c.d. Legge Amato), prevedeva espressamente la tassazione della riserva iscritta dal conferente in ipotesi di distribuzione della stessa. La medesima espressa previsione di riserva in sospensione di imposta era inoltre inclusa nei precedenti

¹⁸¹Sul punto si veda Falsitta, Appunti in tema di iscrizione dei beni conferiti nel bilancio della conferitaria ovvero... “quandoque bonus dormitat Homerus”, in “Rass. Trib.”, 1988, II, n. 12, pag. 987.

¹⁸²Relazione Governativa al D.Lgs. 358/1997.

provvedimenti sui conferimenti agevolati (legge 170/65, legge 576/75, legge 904/77). Dunque, non potendo esistere una riserva in sospensione di imposta se non in virtù di una apposita norma¹⁸³, allora l'assenza di qualsiasi riferimento in tal senso nella formulazione letterale dell'art. 4 portava a sostenere che l'unico presupposto di tassazione del "maggior valore iscritto" dalla conferente in neutralità fiscale fosse rappresentato dal realizzo della partecipazione. Di conseguenza tale riserva si doveva ritenere liberamente distribuibile, senza alcun gravame di imposta a carico della conferente. Tale interpretazione è stata poi confermata dal Ministero delle Finanze nella risoluzione n. 82 del 2000. Ivi era stato chiarito che "la riserva formatasi in conseguenza del conferimento di azienda effettuato ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. 358 del 1997 non costituisce, fiscalmente, un fondo in sospensione di imposta, bensì una libera posta del patrimonio netto", ovvero "una voce di natura civilistica che, ai fini fiscali, è liberamente utilizzabile per la copertura di perdite d'esercizio e liberamente distribuibile ai soci senza alcun onere impositivo per la società". E ciò perché "nel contesto dell'art. 4 del d.lgs. 358 citato, i nuovi valori da conferimento sono privi di rilevanza fiscale sia per la conferente che per la conferitaria, a differenza di quanto era previsto dalle precedenti leggi di carattere agevolativo temporaneo (ad es. dalla L. 576 del 1975 e dalla L. 904 del 1977), che attribuivano pieno riconoscimento ai valori assunti dalla conferitaria".

Le riserve da condono sono quelle formatesi in applicazione dell'art. 15, comma 10, del d.l. 10 luglio 1982, n. 429¹⁸⁴, convertito dalla l. 7 agosto 1982, n. 516, dell'art. 33,

¹⁸³ Secondo Assonime (Circolari nn. 34 del 4 marzo 1991 e 124 del 6 dicembre 1995) uno dei caratteri distintivi delle riserve in sospensione di imposta è quello di essere specificamente denominate con riferimento al provvedimento legislativo tributario che ne prevede l'istituzione e lo status di sospensione.

¹⁸⁴ Tale disposizione recita: "Per i soggetti che si sono avvalsi delle disposizioni di cui agli artt. 16 e 19, le disposizioni del precedente comma si applicano altresì per l'iscrizione in bilancio di attività in precedenza omesse, ma in tal caso il valore iscritto concorre alla formazione del reddito d'impresa nella misura del venti per cento. Il residuo valore deve essere accantonato in apposito fondo e concorre alla formazione del reddito nel periodo d'imposta e nella misura in cui il fondo sia comunque utilizzato". Diversamente il comma 9, recita: "I soggetti indicati nel sesto comma che hanno presentato dichiarazioni integrative, anche per definizione automatica, possono procedere alla regolarizzazione delle scritture contabili nel bilancio chiuso al 31 dicembre 1982 o in quello del periodo d'imposta in corso a tale data eliminando le attività o le passività fittizie, inesistenti o indicate per valori superiori a quelli effettivi. L'iscrizione di dette variazioni non comporta emergenza di componenti attivi o passivi ai fini della determinazione del reddito d'impresa né la deducibilità di quote di ammortamento o accantonamento corrispondenti alla riduzione dei relativi fondi".

comma 9, della l. 30 dicembre 1991, n. 413 e dell'art. 14 ("Regolarizzazione delle scritture contabili") della legge 27 dicembre 2002, n. 289.

Ai sensi dell'art. 15, comma 9, della l. n. 516 del 1982 le società che avessero proceduto alla regolarizzazione contabile conseguente al condono di cui alla stessa legge avrebbero potuto iscrivere una riserva tassata in contropartita dell'eliminazione di passività fittizie, inesistenti o indicate per valori superiori a quelli effettivi, che non comportavano emergenza di componenti attivi o passivi ai fini della determinazione del reddito di impresa, né la deducibilità di quote di ammortamento o accantonamento corrispondenti alla riduzione dei relativi valori. A fronte delle nuove attività in precedenza occultate si poteva iscrivere una riserva in sospensione di imposta fino a successivo utilizzo, pari all'80% del nuovo valore dell'attivo. Analoghe disposizioni erano state previste dalla legge n. 413 del 1991 (art. 33, comma 9)¹⁸⁵. In tutti questi casi il legislatore aveva inteso espressamente consentire ai soggetti interessati al condono di regolarizzare anche i loro bilanci civilistici, facendo emergere i valori contabili da cui erano derivati i maggiori importi oggetto della dichiarazione di condono ed ottenerne il riconoscimento fiscale. L'art. 14, comma 5, della legge 289 del 2002 prevedeva che l'iscrizione in contabilità di attività in precedenza omesse o parzialmente omesse comportava, sui valori o maggiori valori dei beni iscritti, il pagamento di un'imposta sostitutiva del 6 per cento dei predetti valori. I maggiori valori iscritti si consideravano riconosciuti ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive a decorrere dal terzo periodo di imposta successivo a quello chiuso o in

¹⁸⁵ Diverse dalle riserve collegate alle regolarizzazioni contabili sono sia quelle c.d. tassate da riprese fiscali sia quelle da rivalutazione automatica dell'attivo. Per quanto riguarda queste ultime, ai sensi dell'art. 4 della l. n. 823 del 1973, le società tassabili in base al bilancio che avessero definiti per condono i redditi dichiarati potevano iscrivere una riserva tassata di importo pari alla differenza tra il valore dell'attivo risultante dalla rivalutazione automatica e quello originariamente dichiarato: secondo l'Amministrazione finanziaria l'iscrizione di detta posta poteva avvenire solo a seguito dell'emersione di riserve occulte costituite con redditi di precedenti esercizi, sottratti a imposizione. Rispetto alle riserve tassate a seguito di atti di accertamento, quelle da rivalutazione automatica dell'attivo si caratterizzano per il fatto che l'assolvimento dell'imposta sugli utili che le vanno a formare avviene non in seguito alla definitività dell'atto di accertamento, ma per effetto del versamento delle maggiori imposte dovute per condono. Nelle riserve tassate da condono la rivalutazione è effettuata dal contribuente contestualmente al pagamento dell'imposta a titolo di condono. In quelle tassate a seguito di atti di accertamento, la rivalutazione è successiva alla riscossione coattiva del tributo. La riserva in entrambi i casi qualora risponda ad esigenze civilistiche è una vera e propria riserva facoltativa a destinazione specifica che controbilancia al passivo il valore delle rivalutazioni. In caso opposto deve considerarsi una posta rettificativa dell'attivo (sul punto Colombo E., Le riserve tassate in una sentenza del tribunale di Milano, in *Dir.prat.trib.*, 1972, II, p. 18). Mentre le riserve tassate da accertamento definitivo sono riserve disponibili dal punto di vista tributario, ossia formate con utili già tassati, le riserve tassate da condono risultano in sospensione di imposta per un ammontare pari a quello tassabile in conseguenza della definizione automatica.

corso al 31 dicembre 2002, a condizione che i soggetti si fossero avvalsi delle disposizioni di cui all'articolo 9 (condono tombale) relativamente alle imposte sui redditi.

Nel caso di fusione tra società conferente e società conferitaria, che avessero precedentemente approfittato del regime di conferimento agevolato ex art. 34 della l. n. 576 del 1975 e art. 10 della l. n. 904 del 1977, l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 27 della L. 23 dicembre 1994, n. 724, aveva previsto l'obbligo di ricostituire presso l'incorporante o la società risultante dalla fusione una riserva che evidenziasse la plusvalenza (collegata al valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione) in sospensione di imposta in capo alla conferente, e ciò a prescindere dalla sorte della riserva da conferimento costituita dalla conferente a fronte dell'agevolazione¹⁸⁶.

L'art. 70, comma 2-bis, del TUIR ante riforma prevedeva la possibilità di dedurre dal reddito d'impresa "un importo non superiore al 3 per cento delle quote di accantonamento annuale del TFR destinate a forme pensionistiche complementari, se accantonate in una riserva, designata con riferimento al D.Lgs. 21 aprile 1993, n. 124, che concorre a formare il reddito nell'esercizio e nella misura in cui sia utilizzata per scopi diversi dalla copertura di perdite dell'esercizio o del passaggio a capitale;...". In seguito alle modifiche introdotte dal D. Lgs. 344 del 2003, tale possibilità è attualmente disciplinata dal comma 3 dell'articolo 105 (come modificato dal dlgs n. 252 del 2005) del TUIR, che non subordina più la deducibilità di detto importo alla costituzione di una specifica riserva.

Riserve in sospensione di imposta derivanti dalla rivalutazione dei beni di impresa.

La rivalutazione dei beni di impresa¹⁸⁷ comporta, quale contropartita contabile del maggiore valore attribuito ai beni, l'evidenziazione di un saldo attivo, pari appunto alla

¹⁸⁶ Sulla questione Di Tanno T., Le imposte sostitutive su riserve e fondi in sospensione di imposta, in Boll.trib., 11, 1995, p. 820

¹⁸⁷ Sul punto si richiamano le seguenti disposizioni legislative: 1) d.l. 29 novembre 2008, n. 185, art. 15, commi da 16 a 23, che ha previsto la possibilità di rivalutare i beni immobili delle imprese che non adottano i principi contabili internazionali nella redazione del bilancio, e relativa circolare esplicativa del 06/05/2009 n. 22/E; legge 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, commi 469 e seguenti, e relativa circolare esplicativa del 13/06/2006 n. 18; legge 24/12/2003, n. 350, art. 25; legge 28 dicembre 2001, n. 448 e relativo decreto di attuazione 19 aprile 2002 n. 86; legge 21 novembre 2000, n. 342, artt. 10-16, e relativo

differenza tra i maggiori valori e quelli risultanti nel bilancio ante rivalutazione, che va imputato a capitale sociale¹⁸⁸ ovvero accantonato ad una riserva di patrimonio netto appositamente denominata con riferimento alla legge di rivalutazione utilizzata e classificata nella voce A.III del passivo del bilancio («Riserve di rivalutazione»).

A partire già dalla legge 408 del 1990, è stato introdotto il carattere oneroso della rivalutazione ai fini del riconoscimento fiscale dei maggiori valori attribuiti ai beni¹⁸⁹.

Le ultime leggi di rivalutazione fanno tutte rinvio alla legge n. 342 del 2000 (la prima dopo quella del 1990). Diversamente da quest'ultima, tuttavia, alcune delle leggi successive (come la 448 del 2001 e l'ultima, il d.l. 185 del 2008) hanno previsto, a fronte della rivalutazione, ottenuta mediante il pagamento immediato di una imposta sostitutiva, un effetto "ritardato" di riconoscimento fiscale dei maggiori valori appostati in bilancio. In altri termini, la rappresentazione in bilancio dei maggiori valori dei beni del patrimonio non ha sortito subito effetti fiscali, sotto forma, ad esempio, di maggiori costi deducibili o di minori plusvalenze imponibili, ma ha richiesto che tale effetto fosse sospeso per un certo periodo (più o meno lungo), durante il quale è stato necessario riprendere a tassazione gli elementi reddituali rilevati ma non ancora ammessi ai fini

decreto di attuazione del 13 aprile 2001, n.162. Per quanto riguarda i saldi attivi di rivalutazione in sospensione di imposta creati in applicazione delle leggi 2 dicembre 1975, n. 576; 19 marzo 1983, n. 72, 30 dicembre 1991, n. 413, artt. 24 e ss; 29 dicembre 1990, n. 408, il sopravvenire dell'abrogazione della maggiorazione di conguaglio, disposta dal Dlgs 18 dicembre 1997, n. 467, aveva comportato l'obbligo di assoggettare ad affrancamento tutte le riserve schiave di tale maggiorazione di cui all'art. 105, commi 2 e 4 del vecchio TUIR. Di conseguenza quelle riserve, se ancora esistono nei bilanci dovrebbero, agli effetti fiscali, riserve di utili.

¹⁸⁸ La ragione di ciò è da ricercarsi nel fatto che secondo le disposizioni delle leggi di rivalutazione dei beni di impresa, a partire dalla n. 342 del 2000, la successiva imputazione a capitale della riserva non fa venir meno la sospensione d'imposta, pertanto, in ipotesi di incapienza delle riserve è stato ritenuto possibile rendere indisponibile una corrispondente quota del capitale sociale.

¹⁸⁹ In effetti le prime leggi di rivalutazione monetaria (legge 14 febbraio 1948, n. 49, legge 11 febbraio 1952, n. 74) prevedevano l'esenzione dall'imposta di ricchezza mobile per i saldi attivi di rivalutazione, sebbene fino al limite della rivalutazione del capitale investito (capitale proprio e riserva legale: c.d. plafond): solo l'eccedenza rispetto al capitale investito era considerata reddito, assoggettato però al regime di sospensione di imposta. Le successive leggi 2 dicembre 1975, n. 576 e 19 marzo 1983, n. 72, invece, diversamente dalle precedenti prevedevano che i saldi attivi di rivalutazione monetaria fossero interamente assoggettati al regime di sospensione di imposta fino al successivo utilizzo (distribuzione ai soci). Invero, le prime delle leggi citate consentivano un adeguamento puramente monetario dei cespiti dell'attivo, pertanto, si riteneva che la rivalutazione non avesse alcun affetto sul patrimonio netto e che i relativi saldi fossero delle semplici poste correttive dei valori rivalutati nell'attivo. Solo la rivalutazione eccedente i limiti di rivalutabilità monetaria poteva formare oggetto di imposizione in caso di realizzo "giuridico". La successiva legge n. 576 del 1975, invece, sembrava rispondere ad un obiettivo di adeguamento non solo monetario ma anche economico dei valori storici di bilancio. In altri termini, si intendeva far emergere in bilancio anche i plusvalori rimasti latenti e che non potevano rilevarsi contabilmente sulla base dei criteri di rivalutazione ammessi dal codice civile. Trattandosi di un plusvalore economico esso poteva subire per intero l'imposizione in caso di realizzo.

della determinazione dell'imponibile fiscale¹⁹⁰. La dismissione del bene rivalutato che avesse comportato plusvalenze o minusvalenze (tramite cessione a titolo oneroso, assegnazione ai soci, destinazione a finalità estranee all'esercizio dell'impresa ovvero al consumo personale o familiare dell'imprenditore), nel periodo di sospensione, avrebbe provocato l'irrilevanza del maggior valore iscritto, il riconoscimento del credito d'imposta per l'imposta sostitutiva pagata e la liberazione del saldo attivo¹⁹¹. La cessione del bene in regime di neutralità fiscale (come, ad esempio, nel caso di cessione infragruppo di beni ai sensi dell'articolo 123 del TUIR), invece, nello stesso periodo di sospensione, non avrebbe provocato il venir meno degli effetti della rivalutazione con la conseguenza che il disallineamento temporaneo sul valore del bene si sarebbe trasferito in capo al cessionario, mentre il saldo attivo sarebbe rimasto in capo al cedente.

Gli effetti patrimoniali (ossia l'incremento del patrimonio netto) connessi alla rivalutazione hanno trovato, invece, immediato riconoscimento fiscale, ad esempio, ai fini del riporto delle perdite in caso di operazioni straordinarie.

Il regime civilistico del saldo attivo di rivalutazione è quello proprio del capitale sociale. Infatti la riserva può essere ridotta solo nel rispetto della procedura di cui all'art. 2445, commi secondo e terzo, c.c., ossia come se si trattasse di una riduzione di capitale.

Dal punto di vista fiscale, il pagamento dell'imposta sostitutiva non implica l'esaurirsi della tassazione su tali valori. Invero, avendo già scontato un'imposta sostitutiva, i saldi attivi di rivalutazione monetaria dovrebbero costituire riserve formate con "utili" già

¹⁹⁰ L'ultima legge di rivalutazione (d.l. 185 del 2008) ha previsto in più rispetto alle leggi precedenti la possibilità, in deroga all'art. 2426 c.c. e al principio del costo, di iscrivere in bilancio i beni immobili al valore rivalutato, senza il versamento di alcuna imposta, al solo fine di consentire alle imprese una migliore rappresentazione della propria situazione contabile, di aumentare il patrimonio, di evitare l'intervento sul capitale sociale in caso di perdite. Cfr. Tassani T., La rivalutazione degli immobili tra imposta volontaria e abbellimento dei bilanci, in *Dialoghi tributari*, n. 3, 2009, p. 301. Il saldo attivo risultante dalla rivalutazione, pur dovendosi imputare al capitale o accantonare in apposita riserva con esclusione di ogni diversa utilizzazione, non costituisce, in questo caso particolare, riserva in sospensione d'imposta. Lo stesso costituisce, invece, ai fini fiscali una riserva di utili e come tale è tassato in capo al socio in caso di distribuzione. Cfr. circolare n. 22/E del 2009.

¹⁹¹ Simmetricamente, la distribuzione del saldo, con conseguente assoggettamento ad imposizione ordinaria, nel periodo di differimento avrebbe provocato l'immediato riconoscimento dei maggiori valori attribuiti ai beni, liberandoli anzitempo dal regime di sospensione. Cfr. l'art. 4, comma 3, del decreto di attuazione n. 86 del 2002 dell'art. 3 della legge 448 del 2001. In effetti, anche la circolare n. 57/E del 25/09/2002 (di commento alla legge 448 del 2001) aveva precisato che durante il periodo di sospensione dell'efficacia fiscale della rivalutazione veniva a crearsi un regime di doppia sospensione: sull'attivo per i valori attribuiti ai beni e sul passivo per l'importo del saldo attivo. Mentre l'utilizzo del saldo a copertura delle perdite sarebbe risultato irrilevante fiscalmente e non avrebbe determinato il riconoscimento fiscale dei maggiori valori dell'attivo, diversamente, l'utilizzo del saldo che ne avesse comportato il concorso al reddito, avrebbe "liberato" anche i maggiori valori sospesi nell'attivo.

tassati; invece, essi devono, in caso di attribuzione ai soci, concorrere a formare il reddito imponibile sia della società che dei soci, pertanto, l'imposta sostitutiva pagata dalla società va inclusa nella base imponibile per la società e per il socio e riconosciuta come credito di imposta alla società.

Fino a quando la riserva non viene distribuita, la stessa si configura come "in sospensione di imposta", perchè formata da maggiori valori che richiedono di essere tassati secondo i criteri ordinari.

Nel caso in cui i saldi attivi di rivalutazione siano imputati al capitale sociale, la successiva riduzione si considera effettuata innanzitutto con quella parte di capitale formata con l'imputazione di tali valori. La ratio di questa disposizione, presente in tutte le leggi di rivalutazione che si sono succedute nel tempo, è quella di evitare che il beneficio della sospensione d'imposta si trasformi in definitiva esenzione come accadrebbe se, una volta imputata la riserva di rivalutazione a capitale, questo potesse essere ridotto senza generare materia imponibile in virtù del principio generale dell'intassabilità dei conferimenti.

"Caratteristica del saldo di rivalutazione è che esso, una volta costituito in contropartita dei maggiori valori attribuiti ai beni in sede di rivalutazione, non risente più delle successive vicende dei beni medesimi. Sul piano del bilancio, detto saldo può essere utilizzato per gli usi civilisticamente consentiti anche se tali maggiori valori non siano stati ancora realizzati; come pure l'effettivo conseguimento di tali plusvalori in occasione del realizzo dei beni non svincola, comunque, l'impresa dall'obbligo del mantenimento in bilancio del saldo. Tale regola vale, in linea di principio, anche sul piano della disciplina fiscale della rivalutazione nel senso che il regime di sospensione del saldo rimane indifferente alle vicende dei beni che sono stati rivalutati ed è, quindi, destinato a permanere anche se i beni escono dal patrimonio dell'impresa"¹⁹².

Talvolta la stessa legge di rivalutazione prevede la possibilità per l'imprenditore di "affrancare"¹⁹³ detta riserva, versando l'imposta sostitutiva (di importo minore) delle

¹⁹² Così la circolare Assonime del 12 giugno 2006, n. 23.

¹⁹³ L'affrancamento del saldo attivo (nei casi di rivalutazione "ad effetti sospesi") non produce effetti sul differimento del riconoscimento fiscale del maggior valore iscritto in bilancio sui beni in conseguenza della rivalutazione. Ne deriva che, nonostante l'affrancamento del saldo attivo della rivalutazione, i maggiori valori fiscali attribuiti ai beni per effetto della rivalutazione vengono comunque riconosciuti in via posticipata. In altri termini, l'affrancamento, produce il solo effetto immediato di rendere "libera" la riserva dal regime di sospensione, mentre non è in grado di anticipare gli effetti fiscali della rivalutazione. Cfr circolare 19 marzo 2009, n. 11/E. Sul punto Assonime (nella circolare n. 23 del 2006) ha osservato

imposte ordinarie. In questo modo, la successiva distribuzione della riserva può avvenire senza il pagamento del tributo, perché si considera riserva di utili¹⁹⁴.

Gli effetti dell'affrancamento attengono al regime fiscale del saldo: esso non modifica, invece, il suo regime civilistico e, in particolare, i vincoli che derivano dalla sua sostanziale assimilazione al capitale.

L'assoggettamento ad imposta (ordinaria al momento della distribuzione oppure sostitutiva in un momento precedente) del saldo attivo di rivalutazione si configura come un secondo momento di imposizione dello stesso fatto economico. Il maggior valore iscritto dei beni ha infatti già subito una prima tassazione al momento del pagamento dell'imposta sostitutiva ai fini del riconoscimento fiscale. L'importo del saldo attivo di rivalutazione deve, infatti, come detto più sopra, essere, in genere, assunto, ai fini dell'affrancamento (così come in caso di tassazione per distribuzione), al lordo dell'imposta sostitutiva versata per il riconoscimento fiscale degli effetti della rivalutazione, senza tenere conto, pertanto, della circostanza che il saldo attivo viene esposto in bilancio al netto dell'imposta sostitutiva.

La riduzione della riserva a copertura delle perdite non comporta, invece, l'assoggettamento ad imposizione del relativo ammontare, ma non è possibile procedere

che così come l'eventuale tassazione del saldo in conseguenza della sua distribuzione produce l'anticipata rilevanza fiscale dei maggiori valori attribuiti ai beni, parrebbe logico che, in assenza di diversa ed espressa previsione normativa, analogo effetto debba realizzarsi anche quando, in luogo della tassazione ordinaria, il saldo venga assoggettato ad imposta sostitutiva di quella ordinaria. Era stata questa, d'altra parte, la soluzione che il sistema normativo aveva adottato in passato, ad esempio, nella legge di rivalutazione n. 408 del 1990, dove era stato previsto il differimento degli effetti fiscali della rivalutazione e, il relativo decreto attuativo, aveva espressamente disposto che, in caso di affrancamento del saldo, "il maggior valore risultante dalla eseguita rivalutazione viene riconosciuto, ai fini fiscali, indipendentemente dal limite temporale previsto..." dalle disposizioni in materia di differimento degli effetti della rivalutazione.

¹⁹⁴ La legge 30 dicembre 2004, n. 311, che ha consentito di procedere all'affrancamento delle sole riserve e fondi in sospensione di imposta, al riguardo, al comma 475, ha precisato che in caso di distribuzione dei saldi attivi di rivalutazione assoggettati ad imposta sostitutiva ai sensi del comma 474, non spetta il credito di imposta previsto dall'art. 4, comma 5, della legge n. 408 del 1990, dall'art. 26, comma 5, della legge n. 413 del 1991 e dall'articolo 13, comma 5, della legge 21 novembre 2000, n. 342. Si tratta di una precisazione volta a chiarire che l'affrancamento dei saldi attivi, effettuato, ai sensi del comma 474, esaurisce definitivamente il prelievo tributario in capo all'impresa, società o ente, connesso alla loro distribuzione, che, pertanto, potrà avvenire senza ulteriore tassazione in capo alla stessa né ai fini IRES/IRPEF, né ai fini IRAP. Normalmente, invece, le singole leggi di rivalutazione (si veda, in tal senso, l'articolo 13, comma 5, della legge 342 del 2000), al fine di evitare la doppia tassazione in capo al soggetto che ha effettuato la rivalutazione, riconoscono, a fronte dell'imposta sostitutiva versata, un credito d'imposta a favore dello stesso, da utilizzare in occasione dell'assoggettamento di detti saldi alla ordinaria tassazione. Conseguentemente, una volta esclusa la tassazione per i saldi di rivalutazione affrancati viene meno anche il riconoscimento del credito d'imposta che ha, appunto, la funzione di rendere coerente il prelievo complessivo. Così la circolare n. 33/E del 15 luglio 2005.

a distribuzioni di utili sino a quando la riserva non sia stata ridotta o reintegrata con delibera dell'assemblea straordinaria. Anche in questa ipotesi sono state evidenziate le perplessità a fronte della possibilità di eliminare la riserva dalla contabilità attraverso la copertura di perdite di cui poi è riconosciuto il riporto fiscale oppure di perdite solo civilistiche rendendo poi disponibile un fondo tassato: circostanze che trasformano definitivamente la sospensione in una esenzione di imposta. È stato osservato che la rivalutazione dei beni di impresa avrebbe potuto considerarsi come “capitale di conferimento” per la società, e perciò in ogni caso intassabile in capo ad essa, anche in caso di distribuzione ai soci. In sede di distribuzione si sarebbe poi potuto applicare a tali poste il regime tipico delle restituzioni dei conferimenti previa rivalutazione anche delle partecipazioni detenute dai soci¹⁹⁵.

La disciplina del saldo attivo appena illustrata non si applica alle imprese in contabilità semplificata: la mancanza di una contabilità generale e del bilancio non consente a tali soggetti di effettuare accantonamenti a riserva e, pertanto, non è configurabile in nessun caso la distribuzione di una riserva. In caso di passaggio dalla contabilità semplificata a quella ordinaria l'iscrizione in bilancio dei beni rivalutati non comporta l'iscrizione della riserva di rivalutazione. Nel caso opposto, invece, non essendo più possibile monitorare la destinazione della riserva di rivalutazione, l'ammontare di quest'ultima, aumentato dell'imposta sostitutiva, concorre a formare il reddito del primo esercizio di adozione del regime di contabilità semplificata.

Per quanto riguarda le riserve in sospensione di imposta derivanti dal **riallineamento dei valori fiscali a quelli civilistici**, ai sensi dell'articolo 14 della legge 21 novembre 2000, n. 342, occorre dire che la particolarità della disciplina del “riallineamento”, di cui alla citata disposizione, rispetto a quella di rivalutazione dei beni risiedeva nel fatto che essa, in quanto volta al riconoscimento fiscale di valori già espressi in bilancio, non comportava incrementi delle poste del netto patrimoniale dell'impresa e, quindi, non determinava l'esigenza di specifici, immediati interventi in sede di approvazione del bilancio medesimo; ciò trovava riscontro anche nella previsione dell'articolo 10 del d.m. n. 162 del 2001, secondo cui il riconoscimento fiscale dei maggiori valori andava richiesto nella dichiarazione dei redditi. Tale riconoscimento veniva, comunque,

¹⁹⁵ Lupi R. Fondi in sospensione d'imposta e copertura di perdite, in *Rivista di dir. Trib.*, 1991, fasc. 1, p. 482 ss.

condizionato all'accantonamento, per ammontare corrispondente ai valori da riallineare, di una apposita riserva, al netto dell'imposta sostitutiva, soggetta alla disciplina di sospensione d'imposta tipica dei saldi di rivalutazione e la cui allocazione comportava un intervento in sede di formazione ed approvazione del bilancio relativo all'esercizio in cui il riallineamento era stato operato.

Si osserva, che la riserva da riallineamento, diversamente da quella da rivalutazione, esprime un vincolo di natura esclusivamente fiscale che risponde, evidentemente, all'esigenza di mantenere nell'economia dell'impresa risorse patrimoniali equivalenti ai maggiori valori dei beni ammessi al beneficio. Sul piano squisitamente civilistico, l'apposizione di detto vincolo, essendo, si ripete, di natura fiscale, non modifica le condizioni di disponibilità delle riserve di utili o di capitale a tal fine impiegate.

9. REGIME TRIBUTARIO DELLE POSTE DEL PATRIMONIO NETTO, VARIAZIONI DEL PATRIMONIO NETTO E FATTISPECIE IMPONIBILI (rinvio)

Sulla base della disamina che procede è possibile riclassificare le poste del patrimonio netto in ragione del loro regime tributario:

- a) riserve formate con utili già sottoposti a imposizione in capo alla società: tali sono gli utili di esercizio portati a nuovo, le riserve formate con utili di esercizio, i fondi tassati, le riserve da valutazione al fair value;
- b) riserve in sospensione di imposta;
- c) riserve neutre, ossia quelle derivanti dal sovrapprezzo e dagli interessi di congruaggio e i versamenti dei soci in conto capitale o a fondo perduto.

Per quanto riguarda le variazioni del patrimonio netto è possibile distinguere operazioni che non comportano variazioni reali (variazioni nominali) da quelle che tali variazioni comportano.

Appartengono al primo gruppo: l'aumento del capitale mediante imputazioni di riserve esistenti nel patrimonio di netto; la riduzione del capitale esuberante mediante imputazione a riserve; l'imputazione di riserve ad altre riserve, l'imputazione di utili di esercizio a riserve.

Appartengono al secondo gruppo: l'aumento del capitale mediante nuovi conferimenti; l'aumento del patrimonio mediante apporti dei soci diversi dai conferimenti (ad esempio, sovrapprezzo azioni o quote, versamenti dei soci, altri apporti atipici); la riduzione del capitale esuberante con rimborso ai soci; l'acquisto e successivo annullamento di azioni proprie; il recesso del socio; la riduzione del capitale sociale per perdite; la distribuzione dell'utile di esercizio e di riserve (di qualunque origine) ai soci. Per quanto riguarda il primo gruppo (variazioni nominali) le questioni di carattere tributario che si possono porre possono essere così schematizzate:

- il problema della c.d. stratificazione fiscale del patrimonio netto che verrà subito di seguito esaminato;
- la rilevanza fiscale delle azioni gratuite o dell'aumento gratuito del valore delle azioni esistenti;
- la rilevanza fiscale dell' "accantonamento" di utili di esercizio.

Per l'analisi del secondo e terzo punto si rinvia al capitolo II

Con riferimento al secondo gruppo (variazioni reali) le fattispecie di carattere tributario che si possono presentare riguardano:

- la rilevanza impositiva dei conferimenti e degli apporti diversi dal denaro;
- gli effetti tributari del rimborso dei conferimenti e degli apporti nelle ipotesi di permanenza della qualità di socio e della uscita del socio dalla compagine sociale;
- gli effetti tributari della restituzione di apporti di patrimonio ai titolari di strumenti finanziari partecipativi;
- i risvolti fiscali delle operazioni sulle azioni proprie;
- i riflessi fiscali delle perdite;
- gli effetti fiscali della distribuzione di utili e di riserve di utili ai soci e ai titolari di strumenti finanziari partecipativi.

I primi tre punti sono trattati nel capitolo III.

Si rinvia al II capitolo per i punti quattro, cinque e sei.

10. LA STRATIFICAZIONE FISCALE DEL PATRIMONIO NETTO E DEL CAPITALE SOCIALE: ESISTE NELL'ORDINAMENTO ATTUALE?

Si parla di stratificazione fiscale del patrimonio netto¹⁹⁶ per indicare il mantenimento del regime tributario delle riserve anche quando queste subiscono mutamenti di regime giuridico per effetto delle operazioni sul patrimonio netto (ad esempio, se una riserva di utili si trasforma in capitale essa, benché risulti assoggettata al regime giuridico del capitale, continuerà a subire il trattamento tributario previsto per le riserve di utile in caso di utilizzo). Oppure l'espressione può indicare il mutamento del regime tributario della posta conseguente al mutamento del regime giuridico della stessa (ad esempio, la parte di capitale esuberante imputato a riserva subisce sia una modifica del proprio regime giuridico, diventando riserva disponibile - benché di capitale -, sia del regime tributario, risultando suscettibile di generare tassazione in capo ai soci in caso di distribuzione)¹⁹⁷.

Preme subito dire che nell'attuale ordinamento non esistono disposizioni che obblighino il contribuente a tenere "memoria" delle variazioni del patrimonio netto ai fini fiscali.

Storicamente la stratificazione fiscale delle riserve è da attribuirsi alla disposizione istitutiva della maggiorazione di conguaglio Irpeg (art. 2 della legge 25 novembre 1983, n. 649), successivamente trasfusa nell'art. 105 del (vecchio) TUIR.

Questa disposizione imponeva di riclassificare le riserve e i fondi di bilancio a seconda del loro assoggettamento ad imposta in caso di distribuzione. Si formavano così cinque gruppi di riserve e fondi: 1. quelli formati con utili o proventi già assoggettati a Irpeg e non soggetti ad alcun conguaglio; 2. quelli formati con utili o proventi non assoggettati ad Irpeg e perciò imponibili ai fini Irpeg in caso di distribuzione; 3. quelli formati con utili soggetti ad imposta di conguaglio nella misura del 15% in caso di distribuzione (misura limitata, giustificata in ragione delle differenti aliquote Irpeg applicabili nei periodi di imposta precedenti a quello in corso alla data del 1° dicembre 1983); 4. quelli non concorrenti a formare né il reddito della società né quello dei soci in caso di

¹⁹⁶ Garbarino C., La tassazione delle operazioni sul capitale e sulle poste di patrimonio netto, Milano, 1993.

¹⁹⁷ In tal modo il criterio contabile dell'origine della posta viene disatteso.

distribuzione (sovrapprezzo azioni, interessi di conguaglio, saldi di rivalutazione monetaria esenti da imposta ex legge n. 74 del 1952, avanzo di fusione); 5. quelli in sospensione di imposta e perciò concorrenti a formare il reddito imponibile della società in caso di utilizzo (fondi di accantonamento delle sopravvenienze attive di cui all'art. 55 del dpr n. 597 del 1973; riserve di rivalutazione monetaria in sospensione di imposta; riserve a fronte di conferimenti agevolati, riserve da condono ex art. 15, comma 10, d.l. 429 del 1982 – per iscrizione di attività in precedenza omesse).

Per quanto riguarda il capitale sociale l'art. 2 della legge n. 649 del 1983 stabiliva che l'imputazione di riserve a capitale avrebbe provocato il trasferimento sul capitale sociale del regime fiscale delle riserve medesime. Dunque occorreva individuare e memorizzare la stratificazione del capitale sociale distinguendo tra: conferimenti, riserve di utili (assoggettati o non assoggettati a Irpeg o soggetti alla maggiorazione di conguaglio), riserve o fondi in sospensione di imposta, riserve o fondi non concorrenti a formare il reddito né della società né dei soci in caso di distribuzione (come la riserva sovrapprezzo azioni o quote).

In sintesi quindi, in base alle disposizioni in parola, occorreva operare una distinzione tra riserve di utili già assoggettate ad IRPEG, riserve soggette a maggiorazione di conguaglio in misura ridotta, riserve soggette a maggiorazione di conguaglio in misura piena, riserve ed altri fondi in sospensione d'imposta, riserve derivanti da apporti dei soci.

Questa disposizione, prima che intervenisse la riforma dell'imposta sul reddito delle società, era già stata abrogata nel 1997 per effetto del d.lgs. n. 467 che, abolita la maggiorazione di conguaglio, aveva introdotto il credito d'imposta pieno e limitato.

Ancora attuale è invece la previsione contenuta nell'art. 47, comma 6, (corrispondete al precedente art. 44, comma 2, del vecchio TUIR), secondo cui la riduzione del capitale esuberante è equiparata alla distribuzione di dividendi fino a concorrenza degli utili che, in precedenza, siano stati imputati in aumento del capitale sociale. In termini più chiari, l'aumento del capitale sociale con utilizzo di riserve di utili fa scattare la presunzione assoluta che la successiva riduzione abbia ad oggetto dapprima quei medesimi utili e, per il residuo, capitale.

La dottrina ha ritenuto che questa norma identifichi la consacrazione del principio di invarianza della stratificazione fiscale del patrimonio netto. E cioè a dire: le somme

distribuite hanno natura di utili in quanto la semplice riclassificazione contabile, non accompagnata da corrispondenti modifiche quantitative, non è idonea a farne variare la natura agli effetti tributari¹⁹⁸.

In effetti alcune variazioni del patrimonio netto, come, ad esempio, l'aumento gratuito e la successiva riduzione effettiva del capitale sociale, dovrebbero comportare, ai fini della corretta tassazione, la necessità di conoscere il regime fiscale delle riserve utilizzate nell'operazione; e, in generale, tutte le operazioni che comportano un mutamento dello statuto giuridico delle riserve (ad es. da riserve di utili a riserve di capitale) richiederebbero una "memorizzazione", ai fini fiscali, di questo passaggio.

La stratificazione fiscale non dovrebbe risultare mai alterata, nel senso che, nonostante le variazioni del regime civilistico delle poste del patrimonio, il loro regime fiscale non dovrebbe modificarsi.

Invero, se in linea di principio quanto appena indicato appare assolutamente ragionevole alla luce dei principi del diritto tributario, non si possono tacere le opinioni espresse da altra dottrina circa la ratio della disposizione in parola, che sarebbe rinvenibile in un obiettivo antielusivo del legislatore, il quale avrebbe inteso precludere il conseguimento di vantaggi tributari ritenuti non meritevoli di tutela.

Tali vantaggi, in origine, potevano consistere nell'aggiramento della tassazione personale sui redditi. In particolare, stante la completa intassabilità delle restituzioni dei conferimenti, tramite la preventiva "capitalizzazione" degli utili e la successiva riduzione del capitale sociale era possibile restituire somme ai soci senza scontare né la maggiorazione di conguaglio, né le ritenute alla fonte, e/o l'Irpef.

Nello stesso senso si è posta però la norma contenuta nell'art. 37 bis¹⁹⁹, comma 3, lett. a) del d.P.R. n. 600 del 1973, il quale specifica che l'Amministrazione finanziaria può disconoscere i vantaggi tributari indebiti realizzati anche per il tramite di "distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili".

Tale disposizione tende evidentemente a contrastare manovre elusive che trovano attuazione mediante la ripartizione ai soci di riserve di capitale. Essa, tuttavia, non

¹⁹⁸ In tal senso Garbarino C., *La tassazione delle operazioni sul capitale e sulle poste del patrimonio netto*, Milano, 1993, p. 301, secondo il quale l'art. 47, comma 6 del TUIR, sarebbe riconducibile al "principio del mantenimento del regime originario di una certa posta" del netto "prescrivendo che tale regime permanga nonostante precedenti forme di utilizzo".

¹⁹⁹ Introdotto dal D.lgs del 08/10/1997 n. 358, art. 7.

spiega in quali ipotesi la distribuzione di riserve di capitale è idonea a dar luogo ad un vantaggio indebito, cosicché i criteri di identificazione delle manovre elusive e la loro distinzione rispetto alle operazioni legittime devono ricavarsi altrove, ed in particolare, dalle regole sistematiche desumibili dal coordinamento delle varie norme in materia. Ebbene, è stato ritenuto che, ai fini dell'applicazione di tale disposizione antielusiva, rileva proprio il principio-limite del rispetto della stratificazione fiscale del patrimonio netto rinvenibile nell'art. 47, comma 6, TUIR²⁰⁰.

Seconda altra dottrina, invece, la norma antielusiva, nella parte de qua, è stata concepita per prevenire operazioni dirette a trasformare il prezzo di cessione di una partecipazione in restituzione del sovrapprezzo²⁰¹.

Occorre rilevare che le opinioni sopra riportate si calano in contesto normativo affatto diverso da quello attuale, dal momento che non solo la maggiorazione di conguaglio non esiste più e che, ai sensi dell'art. 47 del TUIR, anche la distribuzione di riserve di capitale, fin dal 30 dicembre 1993 - per effetto delle modifiche introdotte dal D.L. 30 dicembre 1993 n. 557, convertito nella L. 26 febbraio 1994 n. 133 - va a ridurre il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione ed è comunque considerata utile (e assoggettata a tassazione) per la parte eccedente le somme versate dal socio in sede di acquisto o sottoscrizione della partecipazione, ma va anche considerata la riforma fiscale del 2003 che ha profondamente modificato il sistema impositivo.

Più in particolare, per la fattispecie in esame, l'attuale normativa sembra aver messo in crisi le interpretazioni suddette, se si considera che il comma 1 dell'art. 47 del TUIR recita: *“indipendentemente dalla delibera assembleare, si presumono prioritariamente distribuiti l'utile dell'esercizio e le riserve diverse da quelle del comma 5 per la quota di esse non accantonata in sospensione di imposta”*²⁰².

11. LA PRESUNZIONE LEGALE DI DISTRIBUZIONE DEGLI UTILI: PROFILI GENERALI, COORDINAMENTO CON L'ART. 47, COMMI 5, 6 E 7 DEL TUIR E CON L'ART. 37 BIS, COMMA 3, LETT. A), DPR 600 DEL 1973.

²⁰⁰ In tal senso Garcea A., L'autonomia dei soci nella distribuzione delle poste del patrimonio netto, in "Rassegna tributaria" n. 1 di gennaio-febbraio 2000, pag. 73.

²⁰¹ Si veda il paragrafo 6.1

²⁰² Formula entrata in vigore dal 1° gennaio 2004 a seguito della riforma dell'imposta sul reddito delle società ex d.lgs 12 dicembre 2003, n. 344

Come appena riferito, dal 1° gennaio 2004 è in vigore la presunzione legale di distribuzione degli utili ex art. 47, comma 1, TUIR.

Questa disposizione è applicabile sia alle persone fisiche non imprenditori, che alle imprese individuali e alle società di persone, giusta il rinvio alla citata disposizione di cui al comma 1 dell'art. 59; essa è applicabile, inoltre, alle società di capitali ed enti commerciali soggetti ad IRES, in virtù del rinvio, contenuto nel comma 4 dell'art. 89, alle disposizioni di cui all'art. 47 "ove compatibili".

La ratio della presunzione (assoluta, ossia non suscettibile di prova contraria), come emerge dalla relazione governativa al d.lgs. 344/2003, è quella di evitare arbitraggi fiscali sulle somme distribuite dalla società ai propri soci in funzione del minor carico fiscale che la distribuzione di riserve di capitale potrebbe comportare, in linea di principio, rispetto alla distribuzione di riserve di utili (sebbene anche su queste ultime, per effetto della riforma, il carico fiscale risulta notevolmente attenuato). Ed invero, com'è noto, se la società distribuisce riserve di capitale formate con sovrapprezzi azionari, interessi di conguaglio, versamenti dei soci a fondo perduto o saldi di rivalutazione monetaria esenti, tale distribuzione non genera (immediatamente) materia imponibile in capo al socio, ma comporta una riduzione del costo fiscale della partecipazione da questi detenuta (art. 47, comma 5). Se però la distribuzione delle riserve di capitale avviene in presenza di utili o riserve di utili, verrà ora a determinarsi subito materia imponibile in capo al socio dovendosi ritenere distribuiti, sul piano fiscale, riserve di utili, anziché riserve asservite alla disciplina del capitale sociale.

In tal modo viene a determinarsi una differenza tra patrimonio civilistico e patrimonio fiscale, di modo che, nel caso di successiva distribuzione di riserve di utili (non presenti nel patrimonio netto fiscale), viene ad operare una sorta di presunzione inversa a quella di cui al comma 1 dell'art. 47. In altri termini, è inevitabile che le effettive riserve di utili restanti in bilancio assumano a loro volta, ai fini fiscali, natura di riserve di capitali; altrimenti si determinerebbe, in sede di successiva distribuzione anche di queste riserve, una doppia imposizione che non troverebbe giustificazione.

La presunzione non dovrebbe colpire le riserve di utili che non siano liberamente disponibili dal punto di vista civilistico, come la riserva legale o quella per acquisto azioni proprie, e le riserve in sospensione di imposta, tassabili solo in caso di effettiva distribuzione ai soci (cosiddetta sospensione moderata) o tassabili per ogni tipo di

utilizzo (cosiddetta sospensione radicale). La ratio di tale ultima limitazione è facilmente rinvenibile nell'intento di non penalizzare anche la società con la perdita del beneficio della sospensione di imposta²⁰³.

La norma parla degli effetti della “distribuzione” di riserve e non menziona gli effetti di altri possibili utilizzi, come la copertura di perdite. Pertanto, è stato ritenuto che la società sia libera, nei limiti civilistici, di impiegare a copertura di perdite le riserve di utili con rilevanza anche fiscale, nel senso che non deve ritenersi che per la copertura di perdite scompaiono, con un ordine inverso alla distribuzione ai soci, prima le riserve di capitali e poi quelle di utili²⁰⁴.

L'Assonime ha, al riguardo, affermato che, nel silenzio della norma, non si può ritenere che dalla stessa possa inferirsi anche quest'ulteriore e vessatoria conseguenza, e tale parere è stato condiviso dagli studiosi²⁰⁵ in considerazione del fatto che laddove il legislatore ha voluto introdurre presunzioni tese a penalizzare i comportamenti dei contribuenti, lo ha fatto espressamente, come nel caso del regime di trasparenza di cui all'art. 115 del T.U.I.R., dove si prevede che in ipotesi di copertura di perdite, si considerano prioritariamente utilizzati gli utili imputati ai soci per trasparenza.

La presunzione, anche se non vi è espressa previsione, non dovrebbe operare per le riserve formate con utili generati in regime di tassazione per trasparenza. Ciò perché si tratta di utili che hanno già subito l'imposizione direttamente pro-quota in capo ai soci e, pertanto, la distribuzione di riserve non può generare nuovamente imposizione nei confronti del socio²⁰⁶.

²⁰³ Per quanto riguarda i saldi attivi di rivalutazione sottratti, per effetto dell'affrancamento, al regime di sospensione d'imposta, è stato osservato che potrebbe porsi un problema nell'applicazione della disciplina di distribuzione degli utili di cui all'art. 47 del TUIR, con riguardo, in particolare, alla previsione contenuta nel comma 1. La permanenza del saldo tra le riserve di utili che, sebbene non più in sospensione d'imposta sono, tuttavia, ancora sottoposte al regime civilistico proprio del capitale, potrebbe, infatti, far scattare la presunzione di cui alla richiamata norma fiscale ove siano distribuite altre riserve non formate con utili. Cfr circolare Assonime n. 23 del 2006. Tuttavia, sulla base anche delle indicazioni fornite dall'Agenzia delle entrate con circolare n. 26 del 2004, l'Assonime ha concluso che “la presunzione in parola non opera rispetto alle riserve di utili che non siano civilisticamente disponibili per la distribuzione”. Quindi, anche per la riserva di rivalutazione, la quale, nonostante l'affrancamento dal regime di sospensione d'imposta, sul piano del bilancio civile conserva gli stessi vincoli che assistono il capitale, valgono le analoghe considerazioni fatte a proposito della riserva legale e della riserva per acquisto azioni proprie.

²⁰⁴ Sul punto la circolare Assonime del 14 luglio 2004, n. 32.

²⁰⁵ Miele L., Composizione del patrimonio netto e presunzione legale di distribuzione, in *Corriere tributario* 2005, n. 22, p. 1723

²⁰⁶ In questo contesto la distribuzione degli utili è assimilata, dal punto di vista fiscale, alla restituzione di un conferimento: per conseguenza, le somme ricevute dal socio non danno luogo ad un dividendo (parzialmente) imponibile. Il reddito imputato al socio per trasparenza è insomma “patrimonializzato”: lo

Una conferma la si trova per gli utili e riserve di utili formatisi in regime di trasparenza fiscale di cui agli artt. 115 e 116 del T.U.I.R. per i quali, ai sensi dell'art. 8, comma 5, del D.M. 23 aprile 2004, non trova applicazione la presunzione di cui all'art. 47, comma 1.

Analogamente, è apparso ragionevole ritenere che la presunzione in parola non trovi applicazione laddove le riserve di utili esistenti nel patrimonio netto derivino da una precedente trasformazione omogenea progressiva e siano già state tassate per trasparenza in capo ad una società di persone. Tali riserve, infatti, se distribuite, non subirebbero, comunque, alcuna imposizione al fine di evitare una doppia imposizione. In sostanza, la fattispecie è assimilabile agli utili e riserve di utili formatisi in regime di trasparenza fiscale di cui agli artt. 115 e 116 del TUIR, per i quali, come detto sopra, non trova applicazione la presunzione di cui all'art. 47, comma 1²⁰⁷.

Ciò che però la legge non dice è quale sia la sorte delle distribuzioni di utili e riserve di capitale, rispettivamente conseguiti e formati durante il regime di trasparenza, per la parte eccedente i redditi "imputati" ai soci.

La società "trasparente" potrebbe infatti aver conseguito redditi esenti o esclusi, o comunque trovarsi, per altre cause, con un reddito imponibile (imputato ai soci) inferiore all'utile distribuibile²⁰⁸. Tuttavia, in tema di società di capitali trasparenti l'art. 8 del decreto attuativo prevede che "gli utili e le riserve di utili formati nei periodi in cui è efficace l'opzione, ove distribuiti, non concorrono a formare il reddito dei soci". Come si può notare, la norma, nel sancire l'irrilevanza reddituale dei dividendi percepiti dai soci, non opera alcuna distinzione, e pertanto anche gli utili formati presso la società trasparente con redditi parzialmente esclusi da imposizione (ad esempio

stesso concorre cioè a formare il costo della partecipazione e la sua distribuzione è fiscalmente assimilata alla restituzione di una riserva di capitale. Questo assetto è stato anche confermato dal decreto del ministro dell'Economia e delle Finanze 23 aprile 2004 recante "disposizioni applicative del regime di tassazione per trasparenza nell'ambito delle società di capitali": l'art. 8 del decreto, infatti, stabilisce che "gli utili e le riserve di utili formati nei periodi in cui è efficace l'opzione, ove distribuiti, non concorrono a formare il reddito dei soci". Sul punto Stevenato D., Il regime dei dividendi "eccedenti" di società di capitali "trasparenti", in *Corriere tributario* n. 22 /2004, pag. 1707.

²⁰⁷ In tal senso Miele L., *Composizione del patrimonio netto e presunzione legale di distribuzione*, in *Corriere tributario* 2005, n. 22, p. 1723

²⁰⁸ Sul punto è stato osservato che "tassare in capo ai soci persone fisiche i dividendi eccedenti i redditi imputati per trasparenza sarebbe una soluzione coerente con l'obiettivo di non confondere la fiscalità dell'impresa societaria con quella dei soci, nella specie evitando che un'agevolazione o una norma di esenzione/esclusione concessa alla società venga trasmessa ai soci mercé l'attribuzione di un dividendo non imponibile". Stevenato D., *Il regime dei dividendi "eccedenti" di società di capitali "trasparenti"*, in *Corriere tributario* n. 22 /2004, pag. 1707.

dividendi) potranno essere distribuiti ai soci senza alcuna ulteriore imposizione. Pertanto, come arguito da Stevanato, visto che l'irrilevanza reddituale è sancita dal decreto citato, indistintamente, per (tutte) le riserve di utili distribuite ai soci (qualora ovviamente formatesi nei periodi in cui opera la trasparenza), non sembra più residuare alcuno spazio interpretativo per affermare la tassabilità degli utili distribuiti in "eccedenza" ai redditi già imputati per trasparenza, foss'anche per la presenza nel reddito societario di proventi esclusi o parzialmente esclusi (dividendi).

11.1 Segue: COME SI COORDINA LA PRESUNZIONE DI DISTRIBUZIONE EX ART. 47, COMMA 1, CON I COMMI 5, 6 E 7 DELLA STESSA DISPOSIZIONE?

Come noto l'art. 47, comma 5 del TUIR, dispone che “non costituiscono utili le somme e i beni ricevuti dai soci delle società soggette all'imposta sul reddito delle persone giuridiche a titolo di ripartizione di riserve o altri fondi costituiti con sopraprezzi di emissione delle azioni o quote, con interessi di conguaglio versati dai sottoscrittori di nuove azioni o quote, e con versamenti fatti dai soci a fondo perduto o in conto capitale e con saldi di rivalutazione monetaria esenti da imposta. Tuttavia le somme o il valore normale dei beni ricevuti riducono il costo fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote possedute”.

La presenza nel bilancio di utili dell'esercizio e di riserve di utili impedisce che la distribuzione di riserve di capitale espliciti i suoi effetti sul valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione. Infatti, se operasse contemporaneamente il disposto del comma 5, si avrebbe che in caso di dismissione della partecipazione la plusvalenza ingloberebbe anche una parte già sottoposta a tassazione a titolo di utile. Va da sé che, laddove non scatti la presunzione del comma 1 - quando cioè la distribuzione di riserve di capitale non deve essere riqualficata, non risultando nel patrimonio netto utili di esercizio o riserve di utili -, il comma 5 esplica tutti i suoi effetti.

Un altro problema riguarda la questione se la presunzione di cui si discute trovi applicazione anche in ipotesi di riduzione effettiva del capitale sociale mediante rimborso ai soci, ossia se, in presenza di riserve di utili, anche la distribuzione del capitale ai soci comporti una riqualficazione in utili da partecipazione.

Sul punto, è stato affermato che tanto motivi di ordine letterale, quanto la riflessione sugli obiettivi del legislatore depongono a favore di una risposta negativa²⁰⁹. Dal punto di vista del dettato letterale, è stato evidenziato che la presunzione opera in presenza di riserve di capitale, mentre il capitale sociale non è senz'altro annoverato tra le riserve di cui al comma 5 dell'art. 47 del T.U.I.R., anche se la distribuzione dello stesso è ovviamente influente ai fini impositivi in capo al socio percettore, in quanto si tratta di una semplice restituzione di quanto precedentemente versato. Dal punto di vista della finalità della presunzione, i medesimi Autori hanno osservato che la stessa è quella di colpire la volontà dei soci che, trovandosi nella possibilità di scegliere, preferiscono posticipare il pagamento di imposte, procedendo alla distribuzione di riserve «neutre». La riduzione del capitale sociale, al contrario, non è un'operazione che si pone quale alternativa alla distribuzione di utili, ma normalmente è collegata a volontà ed eventi diversi, quali appunto l'esuberanza dello stesso, o la volontà di adozione di sistemi organizzativi differenti. Inoltre, le formalità richieste dal codice civile per tale tipo di operazione (si tratta di una modifica statutaria che, quindi, è di competenza dell'assemblea straordinaria.) sono ben diverse da quelle che normalmente vengono poste in essere per procedere alla «mera» distribuzione ai soci di riserve di capitale. Appare quindi difficile sostenere – concludono gli Autori - che i soci pongano l'operazione di riduzione del capitale sociale come mezzo per la restituzione di somme che genericamente si chiamano «riserve». Tuttavia, la risposta negativa all'applicazione della presunzione legale in caso di riduzione effettiva del capitale non è apparsa così «pacifica» in quanto, a prescindere dal mero dato letterale e dalla necessità di una procedura civilistica più «onerosa» conseguente alla riduzione del capitale, nella fattispecie sussiste, comunque, una restituzione di apporti di capitale e, quindi, nella sostanza, la ratio della norma può trovare esplicitazione anche nella ipotesi illustrata²¹⁰. Altra questione, sulla quale però la dottrina ha raggiunto posizioni univoche condivisibili, è quella della «specialità» della disposizione di cui all'art. 47, comma 6, del TUIR, concernente l'aumento gratuito di capitale a seguito del trasferimento di riserve di utili, rispetto alla presunzione di cui all'art. 47, comma 1. In particolare, si

²⁰⁹ S. Cerato e G. Popolizio, «Riduzione effettiva del capitale sociale», in *Contabilità, finanza e controllo*, aprile 2005, pag. 350

²¹⁰ Miele L., *Composizione del patrimonio netto e presunzione legale di distribuzione*, in *Corriere tributario* 2005, n. 22, p. 1723

tratta di stabilire se la presunzione contenuta nel comma 1 dell'art. 47 operi anche in riferimento agli utili portati ad incremento del capitale ovvero nei riguardi di questi trovi applicazione esclusivamente il comma 6 dello stesso articolo. Sul punto, è stato affermato che la disciplina dettata dal predetto comma 6 sia «speciale» rispetto a quella contenuta nel comma 1 con la conseguente prevalenza della prima sulla seconda²¹¹. Pervenendo alla medesima condivisibile conclusione, è stato affermato che la presunzione non dovrebbe riguardare le riserve di utili incluse nel capitale sociale a seguito del suo aumento gratuito, dovendo le stesse considerarsi distribuite solo nel caso previsto dallo stesso art. 47, comma 6, del T.U.I.R.; solo in questo caso, infatti, tornano ad assumere la natura fiscale di utili.

Resta da chiarire se la presunzione in argomento trovi applicazione anche in ipotesi di recesso, esclusione, riscatto, riduzione del capitale e liquidazione di cui all'art. 47, comma 7, TUIR. A tal riguardo è stato considerato che²¹² rispetto ai soggetti non imprenditori “questo regime, avendo ad oggetto la tassazione di un valore differenziale²¹³, non sembra possa risultare influenzato, per ovvi motivi, dalla sopracitata presunzione del comma 1 dello stesso art. 47 (...). Non è chiaro, viceversa, se (nel caso di recesso di soggetti imprese) la presunzione in parola debba continuare ad operare, quanto meno, nei confronti dei soci soggetti all'IRES”. In effetti, nei riguardi di tali contribuenti la tassazione nelle fattispecie in esame non avviene sul valore differenziale di liquidazione della partecipazione sociale, ma in ragione delle riserve da cui le somme sono attinte; quindi parrebbe difficile ritenere che anche per essi sia disapplicata la regola presuntiva in esame. L'aspetto, comunque, più rilevante della disciplina de qua attiene al suo coordinamento con le nuove disposizioni della disciplina societaria, così come delineatasi a seguito della riforma operata dal già ricordato decreto legislativo n. 6 del 2003²¹⁴.

²¹¹ G. Ferranti, «Chiarimenti necessari sulle azioni gratuite», in *Il Sole-24 Ore* del 19 maggio 2004

²¹² Circolare Assonime n. 32 del 2004, p. 59 ss

²¹³ La disposizione recita: “le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci in caso di recesso, di esclusione, di riscatto e di riduzione del capitale esuberante o di liquidazione anche concorsuale delle società ed enti costituiscono utile per la parte che eccede il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate”.

²¹⁴ La novità principale è che il recesso (così come il nuovo istituto del riscatto) può essere attuato senza annullamento delle partecipazioni, ma attraverso l'acquisizione delle partecipazioni stesse da parte degli altri soci cui gli amministratori della società partecipata (che subisce il recesso) sono tenuti ad offrirle, ovvero attraverso l'acquisizione da parte di terzi (cfr.: artt. 2437 e seguenti cod. civ. relativamente al recesso nelle società per azioni e art. 2473 cod. civ. relativamente al recesso nelle società a responsabilità limitata). In proposito, la circolare n. 26/E dell'Agenzia rileva che “qualora il recesso avvenga ...

mediante acquisto da parte degli altri soci proporzionalmente alle loro partecipazioni oppure da parte di un terzo concordemente individuato dai soci medesimi (cfr. art. 2743, comma 4, codice civile), si configura un'ipotesi che va inquadrata più propriamente nell'ambito degli atti produttivi di redditi diversi di natura finanziaria, sempreché si tratti di cessioni a titolo oneroso". Quando, viceversa, il recesso sia attuato tramite annullamento della partecipazione, quindi a carico del patrimonio della società partecipata, esso dovrà essere sottoposto al regime di cui all'art. 47, comma 7, del TUIR; regime che considera, come detto, il differenziale positivo quale utile da partecipazione. In effetti, le due discipline conducono, qualora vi siano i presupposti per la participation exemption, a conseguenze impositive non sostanzialmente divergenti, stante l'identità di trattamento impositivo delle plusvalenze e dei dividendi e, in questo caso, anche dei criteri che presiedono alla loro determinazione. Viceversa, divergenze fra tali regimi possono emergere in ipotesi di realizzo di differenziali negativi; e ciò in considerazione del diverso rilievo che tali differenziali hanno nel trattamento fiscale dei redditi diversi (nell'ambito dei quali essi si connotano come minusvalenze suscettibili di essere portate in compensazione con plusvalenze della medesima natura) e in quello dei redditi di capitale (dove le perdite non assumono rilievo fiscale). Peraltro, merita aggiungere, si tratta di una differenza che emergeva anche nel precedente regime fra l'ipotesi di recesso e quella, in generale, di volontaria cessione della partecipazione sul mercato. Un'ulteriore questione su cui soffermare l'attenzione concerne il fatto che anche quando il recesso sia attuato attraverso l'annullamento della partecipazione e, dunque, a carico del patrimonio della società partecipata, le nuove disposizioni codicistiche stabiliscono che il socio recedente abbia diritto ad ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione al patrimonio sociale, il quale a tal fine è determinato tenendo conto del suo valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso. Quindi, può verificarsi il caso che quanto dovuto al socio recedente possa risultare più elevato della quota contabile di patrimonio ad esso pertinente e non è chiaro, in quest'ipotesi, come tale differenza debba essere considerata ai fini civilistici e fiscali. Il problema, a stretto rigore, si poneva già nel precedente regime per la liquidazione dei recessi nelle società quotate sulla base dei valori di mercato delle azioni e non al patrimonio netto contabile; ma nella nuova disciplina civilistica il problema appare ampliarsi notevolmente. Il codice civile dispone al riguardo che il rimborso è effettuato utilizzando riserve disponibili o, in mancanza, riducendo corrispondentemente il capitale sociale ovvero provvedendo allo scioglimento della società (cfr.: art. 2437-quater del cod. civ.). In effetti, si tratta di previsioni che sollevano qualche perplessità perché se il rimborso assume dimensioni più elevate della quota contabile di riferimento, evidentemente il motivo è da ricercare, in linea generale, nel fatto che l'azienda societaria si caratterizza per l'esistenza di plusvalenze patrimoniali latenti e, dunque, non emergenti dal bilancio. Si potrebbe non senza fondamento sostenere che il pagamento al socio recedente del maggior valore della sua quota costituisca un modo attraverso cui la società partecipata consolida nel proprio patrimonio, per pari ammontare, la plusvalenza in parola, attuandone sostanzialmente un'acquisizione a vantaggio della restante compagine sociale. E, dunque, sarebbe logico consentire che tale esborso – in quanto espressione di un'operazione di scambio "inter partes" – possa essere rappresentata in bilancio in contropartita dell'emersione della plusvalenza nell'attivo patrimoniale (in modo non dissimile da ciò che accadrebbe ove la società acquisisse un bene da terzi). Siffatta soluzione – da considerare, ovviamente, una mera ipotesi interpretativa in una tematica che va meglio approfondita – renderebbe più chiaro il trattamento della fattispecie anche ai fini fiscali. Non c'è dubbio, infatti, che nei confronti del socio recedente anche questo maggior valore liquidatogli rientri nella disciplina di determinazione dei dividendi di cui si è detto e, dunque, nel relativo regime di "detassazione" o tassazione attenuata. Coerentemente, anche per la società partecipata il fenomeno dovrebbe essere riguardato come consolidamento di un utile fiscalmente imponible, corrispondente alla plusvalenza latente pagata al socio recedente e, dunque, suscettibile di essere fatta emergere, con rilevanza anche fiscale, sui cespiti patrimoniali. In definitiva, il regime di detassazione (o tassazione attenuata) del dividendo in parola presso il socio receduto mal si giustificerebbe sotto il profilo logico e sistematico, se non si correlasse ad un corrispondente fenomeno impositivo presso la società partecipata. Si pensi, per semplicità, al caso di una società partecipata nella stessa misura da due soci e che abbia in patrimonio due beni iscritto a un valore di 50 ciascuno, ma di valore normale pari a 500 ciascuno: se uno dei due soci intende recedere, la società può, piuttosto che liquidarsi, realizzare la plusvalenza latente di 450 su uno dei suddetti beni e in tal modo liquidare il socio. A questo punto, dopo aver assoggettato a tassazione la rilevata plusvalenza, la somma con la quale la società liquida il socio deve considerarsi un dividendo, come tale detassato in capo al socio. Anziché procedere in questo modo, la società può conservare il bene nel proprio compendio aziendale, stabilire la plusvalenza di pertinenza del socio recedente e liquidargliela (al netto delle imposte dovute)". Sul tema si rinvia al capitolo III.

11.2 Segue: RAPPORTO TRA STRATIFICAZIONE FISCALE DEL PATRIMONIO NETTO, NORMA ANTIELUSIVA E PRESUNZIONE LEGALE DI DISTRIBUZIONE DEGLI UTILI.

Prima dell'introduzione di questa disposizione si è molto discusso sulla legittimità della scelta tra utili e capitale.

In giurisprudenza si era affermato un orientamento tendente a contrastare la distribuzione “mascherata” di utili, fondato, secondo la lettura datane in dottrina²¹⁵, sul seguente percorso interpretativo: “le variazioni quantitative del patrimonio netto, in generale, sono al di fuori di ogni criterio o vincolo di precedenza quanto alle somme e/o ai valori da distribuire. Le variazioni meramente qualitative, per converso, non sono ammesse, stante il divieto di modificare la struttura del patrimonio netto fiscalmente rilevante. In taluni casi, tuttavia, le variazioni quantitative possono essere utilizzate strumentalmente per produrre alterazioni qualitative nella stratificazione fiscale del patrimonio netto. Ad esempio, uno stesso importo può essere portato ad incremento delle riserve di utili e contestualmente distribuito come somma prelevata dalle riserve di capitale. In alternativa, si può pensare ad una riduzione di capitale con attribuzione ai soci seguita da un aumento gratuito con imputazione delle riserve di utili. Il risultato di una simile operazione è che, a parità di consistenza del patrimonio netto, la sua composizione qualitativa risulterà variata con l'incremento delle riserve di utili a scapito di quelle di capitale e si conseguiranno quindi risultati equivalenti a quelli di una mera riclassificazione delle poste del patrimonio netto. Si comprende allora che l'indirizzo giurisprudenziale che tende a riqualificare le somme distribuite attribuendogli la stessa natura di quelle accantonate può risultare conforme al principio sistematico di invarianza della stratificazione fiscale del patrimonio netto (...), non è invece giustificabile sulla base della presunta esistenza di un ordine di precedenza nella distribuzione delle somme e dei valori e/o di un ipotetico sfavore dell'ordinamento rispetto al differimento della tassazione degli utili conseguiti”.

Questo stesso principio-limite si riteneva, sempre secondo quest'orientamento dottrinale, “determinante ai fini della applicazione della norma antielusiva di cui all'art.

²¹⁵ Garcea A., L'autonomia dei soci nella distribuzione delle poste del patrimonio netto, in Rass.trib., 2000, n. 1, p. 73 ss

37-bis del D.P.R. n. 600/1973, alle "distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili". Posto che la norma antielusiva mira a disconoscere i vantaggi tributari indebiti derivanti da tali distribuzioni, quando le stesse non siano motivate da valide ragioni economiche, e che la conformità o meno all'ordinamento dei vantaggi conseguiti si deve ricavare dai principi sistematici, può dirsi che siano soggette all'art. 37-bis, comma 3, lettera a), del D.P.R. n. 600/1973 le operazioni che diano luogo direttamente o indirettamente ad una riqualificazione delle somme e dei valori rispetto alla loro fonte patrimoniale e/o reddituale, in modo da giungere a distribuire somme conferite come se fossero utili e viceversa. Non sono invece censurabili e sono quindi perfettamente legittime le distribuzioni che realizzano la restituzione dei conferimenti prima della distribuzione degli utili nel rispetto della struttura fiscale del patrimonio netto”

È evidente che la presunzione legale di distribuzione ex art. 47, comma 1, del TUIR non si applica alle variazioni meramente qualitative del patrimonio netto (trasformazione di riserve di utili in riserve di capitale), ma alle sole variazioni quantitative che configurano distribuzione di poste del patrimonio netto.

La trasformazione di poste di utili in capitale trova, come visto, la propria regolamentazione nel comma 6 dell'art. 47: solo la successiva distribuzione è considerata distribuzione di utili; l'imputazione ad aumento del capitale rimane una vicenda neutra sul piano fiscale²¹⁶, fermo restando il regime tributario della riserva imputata.

L'effetto fiscale della trasformazione di riserve di utili in riserve di capitale non è esplicitamente disciplinato: non può applicarsi la presunzione ex art. 47, comma 1, perché si tratta di una variazione qualitativa del patrimonio netto; in caso di successiva distribuzione della posta convertita, non potrà applicarsi il comma 6 del medesimo articolo perché non è risultato interessato il capitale sociale, né il comma 1 se non figurano utili distribuibili (civilisticamente) in bilancio.

Resta allora una sola strada percorribile, quella dell'applicazione dell'art. 37 bis: il principio sistematico che risulterebbe aggirato sarebbe ancora rinvenibile nella stratificazione fiscale del patrimonio netto.

²¹⁶ L'effetto tributario attiene alla valutazione delle azioni gratuite ricevute dai soci.

In definitiva, sebbene l'autonomia dei soci risulti azzerata in tema di distribuzione di poste del netto (cioè si considerano sempre distribuiti per primi gli utili di esercizio e le riserve di utili presenti in bilancio), non altrettanto può dirsi in tema di modificazione qualitativa del patrimonio netto: la delibera che decide di trasformare poste aventi natura di utili in poste di capitale non ha alcuna conseguenza fiscale; gli effetti fiscali di una distribuzione che segua la predetta operazione potranno essere disconosciuti solo applicando il percorso valutativo richiesto dal 37 bis. Del resto il mutamento del regime giuridico degli utili (quando non imputati ad aumento del capitale sociale) potrebbe andare incontro a censure sul fronte civilistico, per contrasto col diritto dei soci alla distruzione degli utili di esercizio. Per l'approfondimento di questo aspetto si rinvia al cap. II.

CAPITOLO II

IL SISTEMA IMPOSITIVO DEGLI UTILI E DELLE RISERVE DI UTILI.

In questo capitolo l'indagine si concentra sul rapporto tra la società e i soci e precisamente sul problema della doppia imposizione degli utili, non solo nel caso di distribuzione ma anche in tutte quelle operazioni che comportano l'attribuzione di una parte del patrimonio netto riconducibile ad utili già tassati (ad esempio, aumento gratuito del capitale sociale con conseguente attribuzione gratuita di nuove azioni o aumento di valore gratuito di azioni già esistenti, riduzione del capitale esuberante preceduta da imputazione di utili accantonati oppure di riserve di rivalutazione o di altre riserve in sospensione di imposta).

Si intende dimostrare che la tassazione degli utili societari e, in particolare, di quelli reinvestiti, è del tutto autonoma da quella che l'ordinamento prevede in capo ai soci e che tutti i sistemi che nel tempo si sono succeduti per ridurre la doppia imposizione si risolvono in nient'altro che attenuazione del prelievo: il sistema impositivo del reddito prodotto dalla società è il frutto di una lenta e complessa evoluzione di diversi concetti concernenti soggettività tributaria, capacità contributiva, ricchezza imponibile; il trattamento fiscale dei redditi derivanti dalle partecipazioni sociali (dividendi e plusvalenze) a sua volta mostra di essere il frutto di lungo percorso ideologico strettamente collegato al primo.

L'indagine quindi parte dal concetto di utili imponibili ai fini IRES e di utili da partecipazione imponibili in capo ai soci; poi passa ad esaminare le ragioni che, nel susseguirsi delle riforme fiscali dai tempi dell'imposta di ricchezza mobile ad oggi, hanno condotto all'attuale configurazione dell'imposizione degli utili di impresa.

1. CONCETTO DI UTILI DI ESERCIZIO E DI DIVIDENDO VS CONCETTO DI UTILI DA PARTECIPAZIONE E PROVENTI ASSIMILATI

Nel capitolo I si è distinto l'utile di esercizio dall'utile di bilancio e da quello economico. Si è detto che l'utile di esercizio presenta, diversamente dal profitto di impresa, una precisa definizione giuridica e che è da esso che si ricava la nozione di

dividendo. Si è poi rilevato che nell'attuale legislazione societaria accanto al dividendo si pongono altre forme di remunerazione delle somme investite in una società di capitali, che possono essere collegate o meno al surplus dell'attivo sociale sul passivo, a prescindere dal tipo di titolo partecipativo detenuto dall'investitore. In altri termini, qualunque forma di investimento (compresa quella azionaria) può presentare profili remunerativi stabiliti contrattualmente (in misura comunque dipendente dall'andamento economico della società) e perciò sottratti al potere dell'assemblea di determinarne l'an e/o il quantum.

Ciò che risulta mutato nell'attuale contesto normativo è il concetto stesso di partecipazione sociale, che, come meglio si approfondirà nel capitolo III, appare trasformato da "coacervo di diritti patrimoniali e amministrativi" in "forma di investimento di valori", nella quale prevale il profilo del guadagno.

Il codice civile, nella sezione V del capo V del titolo V, non titola più di "Delle azioni" ma "Delle azioni e di altri strumenti finanziari partecipativi". Secondo l'interpretazione dottrinale la "partecipatività" nel nuovo diritto societario non significa più "prender parte ad una attività", ma vuol dire "prendere parte ai risultati economici dell'attività" e, quindi, al rischio di impresa, come per l'associazione in partecipazione.

Sarebbe, tuttavia, possibile suddividere gli strumenti finanziari in due grandi categorie, i "partecipativi", di cui il prototipo sarebbe l'azione, accompagnata dagli "altri" strumenti partecipativi²¹⁷, e i "non partecipativi", il cui prototipo sarebbe l'obbligazione, alla quale si affiancherebbero "altri strumenti non partecipativi", fra i quali quelli previsti dall'art. 2411, comma 3, c.c.²¹⁸. Gli strumenti partecipativi si distinguerebbero da quelli non partecipativi perché attribuirebbero anche ai non soci diritti sociali (patrimoniali o amministrativi), diritti cioè che derivano dal contratto sociale. Conseguentemente, si dovrebbero applicare le stesse regole previste per i soci; ad esempio, un diritto di partecipazione agli utili dovrebbe, in primo luogo, comportare una delibera che ne autorizzi la distribuzione.

²¹⁷ L'art. 2346 c.c., dopo aver specificato, al primo comma, che "la partecipazione sociale è rappresentata da azioni", al sesto comma statuisce che "Resta salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti. In tal caso lo statuto ne disciplina le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione".

²¹⁸ L'art. 2411, che appartiene alla sezione "Delle obbligazioni", al terzo comma sancisce che "La disciplina della presente sezione si applica inoltre agli strumenti finanziari, comunque denominati, che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società".

Più precisamente, sotto il profilo dei diritti patrimoniali, il diritto agli utili attribuibile ai portatori di strumenti finanziari partecipativi ex art. 2346, comma 6, dovrebbe essere distinto dal diritto a una remunerazione che, seppur commisurata agli utili dell'impresa, non presenti “natura partecipativa”, e ciò in dipendenza del negozio giuridico che ne è fonte (quale, ad esempio, un contratto di finanziamento o un contratto di associazione in partecipazione). Se, infatti, il negozio giuridico da cui la remunerazione scaturisce non è il contratto sociale (ma un contratto di diversa natura), la remunerazione dell'investimento dei sottoscrittori di strumenti finanziari partecipativi non assume i connotati di un diritto partecipativo, in grado di caratterizzare gli strumenti finanziari di cui all'art. 2346, comma 6, c.c., poiché, per essere tale, è necessario che si tratti di una remunerazione (che trovi fonte nel contratto sociale e che pertanto sia) analoga al diritto agli utili dei soci, e quindi un diritto da esercitarsi in concorso con i soci²¹⁹.

Secondo altri, però, il diritto alle utilità prodotte dalla società non può essere condizionato dalla decisione assembleare sulla distribuibilità dell'utile, poiché i titolari di strumenti finanziari partecipativi non hanno diritto di voto nell'assemblea dei soci, quindi non possono vedere il loro diritto eterodeterminato²²⁰.

Inoltre, è stato anche rilevato che la facoltà di determinare liberamente il contenuto delle azioni delle varie categorie ai sensi dell'art. 2348, comma 2, c.c., che si traduce, più in generale, nel principio di “atipicità” dei diritti incorporabili in tali titoli, potrebbe essere estesa anche agli strumenti finanziari partecipativi²²¹. Ad esempio, potrebbe prevedersi, in favore dei portatori di tali strumenti, un trattamento privilegiato nella ripartizione degli utili oppure un dividendo “minimo garantito” (sebbene pur sempre condizionato alla maturazione di un utile distribuibile).

Ancora, analogamente a quanto previsto per le azioni di risparmio, per le azioni privilegiate e per le altre categorie speciali di azioni, lo statuto potrebbe disporre una forma di distribuzione “obbligatoria” di utili a favore dei titolari di strumenti finanziari

²¹⁹ Notari M. – Giannelli A., Commento al comma 6 dell'art. 2346, in Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari (diretto da), Commentario alla riforma delle società, Milano, 2008.

²²⁰ Lolli A., Gli strumenti finanziari, in A. Maffei Alberti (a cura di), Il nuovo diritto delle società, Padova, 2005, I.

²²¹ Giampieri A., Gli strumenti finanziari partecipativi quale metodo di finanziamento delle acquisizioni, in M. Irrera (diretto da) Le acquisizioni societarie, Bologna, 2011

partecipativi, attraverso l'utilizzo di riserve disponibili, oppure sotto forma di una percentuale fissa da applicarsi sugli utili di bilancio o di esercizio; pure sembra possibile che la quota di utile spettante ai titolari degli strumenti in parola consista in una somma determinata forfetariamente a valere sugli utili di esercizio. In particolare, appare plausibile individuare una remunerazione calcolata mediante un parametro finanziario (ad esempio, un tasso di interesse, anche variabile) da applicare all'ammontare degli utili accertati nel bilancio d'esercizio: in tal modo, infatti, il credito vantato dai portatori degli strumenti finanziari sarebbe sempre riferito alla esistenza di un utile accertato e, sebbene determinato sulla base di un indice di natura finanziaria, non dovrebbe alterare la natura del presupposto della remunerazione di tali strumenti (e cioè il fatto che si tratti di una remunerazione correlata al conseguimento di un utile di esercizio).

Nell'utilizzo dell'ampia autonomia statutaria concessa in questa materia, si potrebbero, inoltre, prevedere pagamenti in favore dei titolari di strumenti finanziari partecipativi anche non coincidenti con l'approvazione del bilancio ovvero, come sostenuto da parte della dottrina²²², pagamenti che non richiedano una preventiva deliberazione assembleare.

Secondo un'altra opinione, a causa dell'ampiezza riconosciuta all'autonomia statutaria, non è possibile stabilire un confine netto tra le due categorie di strumenti finanziari partecipativi e strumenti finanziari non partecipativi perché è ben ammissibile che vengano emessi strumenti finanziari identici alle obbligazioni sotto il profilo patrimoniale, ma con in più il possesso di diritti amministrativi (che invece, secondo l'anzidetta distinzione, fondata sulla fonte contrattuale, dovrebbero essere preclusi a

²²² Cfr. Giampieri A., Gli strumenti finanziari partecipativi, cit., pag. 626, il quale ipotizza il caso in cui l'assetto contrattuale riconosca agli strumenti finanziari partecipativi un determinato importo a valere sugli utili relativi a una determinata operazione (come, ad esempio, la vendita di una certa partecipazione azionaria ovvero - ipotesi simile - come la vendita delle partecipazioni di titolarità dell'emittente in misura superiore a una certa percentuale del capitale sociale ovvero superiore a un certo valore). In questo caso, secondo l'Autore, lo statuto o il regolamento di emissione diverrebbe la fonte dell'obbligazione pecuniaria vantata dai portatori di strumenti partecipativi che potrebbero pretenderne l'adempimento. L'Autore precisa, inoltre, che, a tutela della posizione degli amministratori dell'emittente, tali distribuzioni infrannuali possano avvenire solo a condizione che sia stata redatta una situazione patrimoniale di periodo, volta a dimostrare la sussistenza dell'utile, il rispetto di eventuali obbligazioni maturate di natura finanziaria nonché la capacità di far fronte alle obbligazioni in scadenza di natura ordinaria.

questa tipologia di strumenti), oppure che vengano emessi strumenti identici alle obbligazioni, ma a fronte di un apporto d'opera o in natura (anziché di denaro)²²³.

D'altra parte anche la distinzione fondata sulla partecipazione al rischio di impresa contrasterebbe con l'intento del legislatore della riforma di ampliare l'autonomia statutaria al fine di attrarre risorse finanziarie nell'alveo societario. La partecipazione al rischio può manifestarsi o sotto il profilo della remunerazione (partecipazione agli utili, totale o parziale, con remunerazione mista fissa/utile), o sotto quello della restituzione (che potrà essere aleatoria o incerta, oppure mista, in parte certa e in parte incerta), o sotto entrambi (come nell'associazione in partecipazione).

Se per strumenti finanziari partecipativi si devono intendere quelli connessi ad apporti che, contabilmente, devono essere appostati in un'apposita riserva del patrimonio netto perché non restituibili e remunerati sotto forma di partecipazione agli utili (partecipazione totale al rischio di impresa), e per strumenti finanziari non partecipativi devono intendersi quelli di debito, computati contabilmente nel passivo dello stato patrimoniale, anche se il diritto alla restituzione è (non certo ma) condizionato dall'andamento economico della società, allora non si potrebbero emettere ex art. 2346, comma 6, strumenti partecipativi dotati di diritto al rimborso, né gli strumenti a rimborso condizionato ex art. 2411, comma 3, potrebbero essere dotati di diritti amministrativi. Inoltre, tutte le forme ibride (ad esempio, obbligazioni dotate di poteri di voice, obbligazioni a fronte di apporti in natura, o di opera o servizi - senza diritti amministrativi -, strumenti a remunerazione e rimborso certo a fronte dei medesimi apporti - senza diritti amministrativi -) sarebbero prive di copertura legislativa.

In sintesi, il rapporto tra gli strumenti finanziari previsti dall'art. 2411, comma 3, e quelli partecipativi di cui al 2436, non viene a delinearsi né in termini di genere a specie, né in termini di piena, reciproca autonomia: si tratta di due insiemi distinti sì, ma il cui "insieme intersezione" non è vuoto, esistendo figure ibride sussumibili nel contempo entro l'una ed entro l'altra specie.

In realtà, se si tiene conto che caratteristica indefettibile delle obbligazioni è la restituzione (mentre la remunerazione può essere variabile) allora può ritenersi che il comma 3 dell'art. 2411 faccia riferimento a quegli strumenti in cui è la restituzione ad

²²³ Si veda Mignone G., Gli strumenti finanziari di cui al 6° comma dell'art. 2346, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, a cura di Cottino G., 2009.

essere variabile: questi non possono chiamarsi obbligazioni ma ad essi è estesa la disciplina delle obbligazioni, comunque siano denominati. D'altra parte, non avendo il legislatore chiarito quale tipo di apporto stia a fronte dello strumento emesso ex art. 2411, comma 3 (beni, servizi o solo denaro come per le obbligazioni?) e potendo gli strumenti finanziari partecipativi di cui al comma 6 dell'art. 2346 configurarsi tanto come strumenti di quasi capitale quanto come strumenti di debito, dotati o no, in entrambi i casi, di diritti amministrativi e, sul fronte patrimoniale, di qualsivoglia intreccio di possibilità remunerazione/restituzione, probabilmente tutto ciò può voler dire che gli strumenti di cui al 2411, comma 3, altro non sono che un sottotipo di quelli di cui al 2346, comma 6, per i quali il legislatore ha previsto un più rapido meccanismo di emissione: quando gli strumenti non siano di quasi capitale (in quanto restituibili), non attribuiscano diritti amministrativi e prevedano un apporto unicamente in denaro (come le obbligazioni, da queste differenziandosi solo per la restituzione aleatoria), allora possono essere emesse dagli amministratori anche senza una previa disposizione statutaria²²⁴.

Lo strumento finanziario, invero, sia che risulti emesso ai sensi dell'art. 2346, comma 6, sia che si tratti di quello previsto dall'art. 2411, comma 3, si dovrebbe qualificare sempre come debito della società, anche nell'ipotesi di postergazione ad altri creditori, atteso che le condizioni e le modalità e i tempi del rimborso non alterano il fatto che si tratta sempre di rimborso di un debito della società.

In effetti lo IAS 32 prevede proprio che la rappresentazione contabile sia quella tipica del debito, se risulta comunque prevista una restituzione, per aleatoria che sia.

Soltanto quando l'apporto sia non restituibile può trovare collocazione nel patrimonio netto, sottoforma di riserva indisponibile, col rischio però di risultare assorbito da eventuali perdite di esercizio prima del capitale sociale. Se ciò si verificasse si avrebbe che il rischio di perdita dell'apporto colpirebbe, paradossalmente, prima i non soci.

Tuttavia, come nell'associazione in partecipazione, il capitale che proviene da terzi (cioè da non soci), pur rappresentando un debito della società, perché questa è tenuta a restituirlo, ben può partecipare al rischio di impresa perché remunerato ad utile e perché la restituzione è condizionata all'assenza di perdite. Le perdite eventualmente rilevate a fine esercizio andranno immediatamente ad assorbire il debito di restituzione che, in tal

²²⁴ Così ritiene Mignone G., Gli strumenti finanziari di cui al 6° comma dell'art. 2346, op. cit., p. 312

modo, si ridurrà; gli utili dei successivi esercizi andranno prima a reintegrare l'apporto fino a ricostituirlo, e solo dopo ricominceranno ad essere versati all'associato. L'utile che spetta all'associato (ma lo stesso può valere per il titolare di uno strumento finanziario condizionato nella remunerazione e nella restituzione), però, non è quello che spetta al socio: esso è dovuto indipendentemente da qualsiasi placet assembleare. Potrà perciò accadere che la società decida di non distribuire l'utile prodottosi, ma l'associato lo percepirà ugualmente perché ne ha diritto. Evidentemente, a fronte di questo utile spettante all'associato, la società dovrà rilevare un debito nei confronti di quest'ultimo, ed allora si potrà dire di essere in presenza di un costo per l'associante²²⁵. Naturalmente, che l'associazione in partecipazione possa rappresentare un modello di partenza, un prototipo, per l'analisi di tutti gli strumenti finanziari, può essere oggetto di discussione, ma non può essere contestato che uno strumento il quale dia diritto ad un rendimento e ad una restituzione del capitale legati all'andamento della società sia rappresentativo della posizione di un associato in partecipazione, perché lo stabilisce il codice civile²²⁶.

L'equivoco sta nel fatto che viene considerato strumento di debito solo quello che prevede una remunerazione e restituzione certa, in contrapposto alla remunerazione e restituzione incerta tipico della partecipazione al capitale (azione).

D'altra parte, l'ampio spazio concesso all'autonomia contrattuale dei soci nella creazione di categorie azionarie atipiche (c.d. contrattualizzazione del fenomeno societario), porta a legittimare forme di soggettivizzazione delle posizioni sociali (estrane alla disciplina delle società per azioni²²⁷) che rendono assai ardua la distinzione della posizione del socio da quella di un terzo: ci si chiede infatti che cosa distingua dal partecipante terzo agli utili della società il socio che non abbia diritto di voto.

Sotto il profilo patrimoniale il contenuto delle azioni può essere variamente forgiato con riferimento, in particolare, alla incidenza nella partecipazione alle perdite, al privilegio nella partecipazione agli utili (nel senso di maggiorazione sugli utili o in sede di

²²⁵ Ciò è stato dimostrato da Colombo G.E. in Associazione in partecipazione, prestiti subordinati ed iscrizione in bilancio, in Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato, a cura di Portale, Milano, 1983, e può essere calato nel contesto attuale.

²²⁶ Lo rileva Mignone G., Gli strumenti finanziari di cui al 6° comma dell'art. 2346, op. cit., p. 322.

²²⁷ Indicativa in tal senso è l'assenza nella disciplina delle società per azioni di una disposizione analoga a quella contenuta nel comma 3 dell'art. 2468 c.c., secondo cui l'atto costitutivo di società a responsabilità limitata può prevedere l'attribuzione ai singoli soci di particolari diritti.

liquidazione), alla correlazione al rendimento di un certo settore²²⁸, con ciò deviando dal principio di uguaglianza proporzionale. Tuttavia devono essere rispettati precisi limiti contenuti in disposizioni di legge: il divieto di configurare il diritto di partecipazione ai risultati dell'attività in termini di interesse periodico fisso a carico della società; il divieto di patto leonino con la conseguente illegittimità di clausole tendenti a sopprimere i diritti patrimoniali (cioè all'utile di esercizio e alla quota di liquidazione); il divieto di creare disuguaglianze tra azionisti all'interno di ciascuna categoria.

Sotto il profilo fiscale è stato ritenuto che i nuovi strumenti finanziari (sia quelli partecipativi di cui al comma 6 dell'art. 2346 c.c., sia quelli comunque denominati di cui all'art. 2411, comma 3) non danno luogo a proventi qualificabili come utili da partecipazione, perché non sottendono una partecipazione al capitale o al patrimonio della società emittente. Altrettanto può dirsi per gli utili accordati sulla base dei contratti di associazione in partecipazione ex art. 2554 c.c.²²⁹

La mancanza del carattere partecipativo viene rinvenuta nel fatto che gli strumenti in parola non attribuiscono la qualità di soci.

Se, però, la remunerazione di tali strumenti finanziari è costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale gli strumenti finanziari sono stati emessi, allora si applica il medesimo regime fiscale previsto per gli utili da

²²⁸ Le azioni correlate ex art. 2350 c.c. non sono, tecnicamente, azioni privilegiate: esse non assicurano una maggiorazione sugli utili o in sede di liquidazione, ma prevedono una remunerazione correlata (appunto) ai risultati di un determinato settore. Gli azionisti correlati sono comuni azionisti, il cui dividendo è semplicemente calcolato su quello di un determinato settore; essi partecipano agli utili dell'intera società, semplicemente in una misura accresciuta o diminuita, in base al rendimento di un certo settore. Ad esempio, se il settore è cresciuto del 10%, mentre il resto della società lo è del 2%, gli azionisti correlati percepiranno un utile, inteso come utile della società nel suo complesso, maggiorato dell'8% rispetto ai rimanenti soci. Di regola anche la distribuzione dell'utile alle azioni correlate è soggetta al normale placet assembleare; non si esclude, tuttavia, che lo statuto possa disporre, con apposita clausola, che agli azionisti correlati la quota di utili spetti automaticamente, in conseguenza del loro semplice accertamento, fatta salva la discrezionalità assembleare in ordine all'eventuale accantonamento. In questo ultimo caso, però, la riserva formata con gli utili del comparto andrebbe tenuta distinta dalle altre e gestita separatamente, onde renderne beneficiari, con preferenza, i titolari delle azioni correlate. Tuttavia, se la preoccupazione è quella di impedire che l'utile di comparto venga risucchiato nel patrimonio, occorre considerare che esiste un diverso meccanismo in grado di compensare il rischio, per gli azionisti correlati, che il risultato di settore vada perduto: se non si possono fare trattamenti particolari in sede di accantonamento, specularmente non se ne potranno fare neppure in sede di scioglimento successivo di riserve; se, perciò, utili accantonati saranno oggetto di successiva distribuzione, le azioni correlate parteciperanno ad essa su un piano di totale parità con le altre azioni.

²²⁹ Circolare 26/E del 16 giugno 2004.

partecipazione; in altri termini, lo strumento finanziario viene assimilato alla partecipazione tipica unicamente sotto il profilo della remunerazione.

Tale regime si applica anche alle remunerazioni dei contratti di associazione in partecipazione in cui l'apporto sia diverso da quello di opere e servizi, però solo qualora il valore dell'apporto sia superiore al 5% o al 25% del valore del patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato prima della data di stipula del contratto nel caso in cui si tratti di società i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati o di altre partecipazioni.

Nella ricerca di una definizione, rilevante ai fini fiscali, di utili da partecipazione sembra che sia determinante proprio il concetto di partecipazione sociale²³⁰. Sul punto la dottrina prevalente (ed anche l'Agenzia delle Entrate) ha ritenuto che la riforma tributaria del 2003 non abbia realmente inciso e che il concetto di partecipazione cui l'art. 44, comma 1, lett. e), TUIR, fa riferimento resti quello tradizionale di partecipazione come posizione nell'organizzazione sociale, espressa dal capitale²³¹.

Il riferimento al capitale o al patrimonio rappresenterebbe una puntualizzazione tesa ad inglobare tutti i tipi di azioni o quote, a prescindere dalla reale configurazione tanto dei diritti amministrativi quanto di quelli patrimoniali. In altri termini, non viene data rilevanza fiscale né all'eventuale assenza del diritto di voto, né alla proporzionalità del conferimento, né alle variegate forme di rendimento che l'autonomia statutaria può prevedere²³².

In particolare, sotto il profilo della remunerazione, si configureranno sempre utili da partecipazione, in quanto, nell'apprezzamento legislativo, l'elemento partecipativo delle azioni, anche speciali, o delle quote, è già compiutamente espresso dalla partecipazione al capitale sociale; poco importa se all'assemblea risulti sottratto il potere di determinare l'an e/o il quantum della distribuzione dell'utile societario, configurando un diritto soggettivo pieno in capo al socio; o se il rendimento risulti fissato in base a

²³⁰ Concetto che viene approfondito nel capitolo III.

²³¹ Rileva cioè la posizione assunta dal socio nell'organizzazione attraverso la sottoscrizione di quote del capitale sociale. Viene quindi in risalto la funzione organizzativo-rappresentativa del capitale sociale. Si configura come "partecipazione sociale" anche quella ottenuta a fronte di conferimenti che non vengono imputati al capitale ma al patrimonio: in questo caso la partecipazione assume carattere non proporzionale rispetto al capitale sociale perché una parte del valore dell'apporto non è imputata al capitale, ma viene ad essere rappresentato nel patrimonio netto sotto voci diverse, ad esempio, di riserve.

²³² In tal senso anche Tassani T. *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Milano 2007, p. 300.

parametri oggettivi esterni, solo indirettamente legati all'andamento della società; o addirittura reso indipendente dal supero dell'attivo sociale rispetto al passivo e configurato come obbligo di corrispondere somme a titolo di interessi sul capitale investito²³³.

In definitiva, la partecipazione al capitale o al patrimonio cui fa riferimento l'art. 44, comma 1, lett. e), TUIR, è la partecipazione espressa da azioni o quote, tipiche ed atipiche, proporzionali e non proporzionali.

Tuttavia, la dottrina ha ritenuto che il concetto di partecipazione cui il legislatore tributario faccia riferimento inglobi anche quello di strumenti finanziari partecipativi, di cui all'art. 2346, comma 6, c.c. (nella misura in cui rappresentino apporti di quasi-capitale), e, quindi, che anche le remunerazioni riconosciute ai titolari di tali strumenti debbano qualificarsi come utili da partecipazione²³⁴. Deporrebbero in tal senso la formulazione letterale ampia dell'art. 44, comma 1, lett. e), il mancato riferimento ad un concetto civilistico di utile, la previsione dell'art. 27, comma 1, d.P.R. n. 600 del 1973 che attribuisce rilievo al rapporto tra apporto e patrimonio netto contabile al fine di determinare l'applicazione della ritenuta d'imposta del 12,5%, il regime di tassazione dei capital gains derivanti dalla cessione degli strumenti finanziari²³⁵.

²³³ Su tale ultimo punto però la dottrina non è d'accordo perché sussisterebbe per le azioni il limite del divieto di configurare il diritto di partecipazione ai risultati dell'attività in termini di interesse periodico fisso a carico della società.

²³⁴ Padovani F., *Investimenti in società di capitali e imposizione sul reddito*, Milano 2009; Tassani T. op. cit. p. 506. Anche l'Assonime nell'circolare 32 del 2004 ha sostenuto che "un'alternativa ipotizzabile potrebbe essere quella di ritenere che il legislatore fiscale abbia inteso assegnare, alla nuova locuzione "partecipazione al patrimonio" introdotta nell'art. 44, comma 1, lett. e), del TUIR, una portata realmente innovativa, riferendosi, in particolare, a una nozione di patrimonio intesa in senso non formale, ma sostanziale, a prescindere dalle rappresentazioni contabili. Ciò al fine di ricomprendere nella nozione di utili da partecipazione, oltre agli utili derivanti dalle partecipazioni tipiche, anche quelli relativi agli strumenti finanziari caratterizzati da un apporto di equity; da un apporto, cioè, che di fatto integra il patrimonio della società partecipata, in quanto suscettibile di restituzione al portatore del titolo solo in assenza di perdite, similmente a quanto avviene per i conferimenti tipici dei soci. In questa prospettiva, l'art. 44, comma 2, lett. a) assumerebbe, a sua volta, funzione di mero completamento, nel senso che gli strumenti finanziari assimilati alle partecipazioni sarebbero, in primo luogo, quelli compresi nella definizione della stessa lett. e) – e cioè gli strumenti rappresentativi di apporti di equity remunerati con una partecipazione agli utili – e, in via più generale e per motivi di cautela fiscale, anche quelli rappresentativi di finanziamenti o di apporti atipici, nel caso in cui la loro remunerazione sia totalmente costituita da una partecipazione agli utili".

²³⁵ L'art. 27 citato dispone che le società e gli enti indicati nelle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 73 del TUIR, operano con obbligo di rivalsa, una ritenuta del 12,50% a titolo d'imposta sugli utili in qualunque forma corrisposti, anche nei casi di cui all'articolo 47, comma 7, del predetto testo unico, a persone fisiche residenti in relazione a partecipazioni non qualificate ai sensi della lettera c-bis) del comma 1 dell'art. 67 del citato TUIR, non relative all'impresa ai sensi dell'art. 65 del medesimo testo unico. La ritenuta di cui

La questione assume rilievo, dal punto di vista del socio, per il fatto che il trattamento impositivo degli utili da partecipazione si estende anche alle remunerazioni - costituite totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società²³⁶ - di strumenti finanziari che potrebbero avere, sotto il profilo del rischio, la struttura di vero e proprio debito della società. Nella prospettiva della società, simmetricamente, il problema si pone sul fronte dell'inededucibilità della remunerazione corrisposta; infatti, ai sensi dell'art. 109, comma 9, TUIR: “non è deducibile ogni tipo di remunerazione dovuta: a) su titoli, strumenti finanziari comunque denominati, di cui all'articolo 44, *per la quota di essa che direttamente o indirettamente comporti la partecipazione ai risultati*

al periodo precedente si applica alle condizioni ivi previste agli utili derivanti dagli strumenti finanziari di cui all'articolo 44, comma 2, lettera a) e dai contratti di associazione in partecipazione di cui all'art. 109, comma 9, lettera b), del predetto testo unico qualora il valore dell'apporto non sia superiore al 5% o al 25% del valore del patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato prima della data di stipula del contratto nel caso in cui si tratti rispettivamente di società i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati o di altre partecipazioni. L'art. 47, comma 2, del TUIR dispone che “le remunerazioni dei contratti di cui all'art. 109, comma 9, lett. b), concorrono alla formazione del reddito imponibile complessivo nella stessa percentuale di cui al comma 1, qualora il valore dell'apporto sia superiore al 5% o al 25% del valore del patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato prima della data di stipula del contratto nel caso in cui si tratti di società i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati o di altre partecipazioni. L'identica formulazione fa pensare che il riferimento al “valore del patrimonio netto contabile” sia da circoscrivere contratti di associazione in partecipazione di cui all'art. 109, comma 9, lett. b). L'art. 67 del TUIR, stabilisce, alla lett. c) del comma 1, che si considerano qualificati ai fini della determinazione del regime impositivo delle plusvalenze “gli strumenti finanziari di cui alla lettera a) del comma 2 dell'art. 44 quando non rappresentano una partecipazione al patrimonio”. Secondo Assonime è vero che “questa distinzione assume importanza ai soli fini del regime impositivo concretamente applicabile (concorso alla formazione del reddito nella misura del 49,72%), tuttavia, non avrebbe alcuna ragion d'essere qualora, aderendo all'impostazione prospettata dall'Agenzia, venga *ab origine* negata agli strumenti finanziari l'idoneità a esprimere una partecipazione al patrimonio dell'impresa. In altri termini, se il riferimento della norma fiscale al concetto di patrimonio deve essere interpretato in base alle qualificazioni civilistico-contabili degli strumenti finanziari in esame, la disciplina tributaria di questi strumenti dipenderebbe dalle soluzioni – peraltro, ribadiamo, non ancora definitive – che la dottrina e la prassi svilupperanno su tali qualificazioni e, quindi, proprio da quegli aspetti da cui la norma tributaria – come accennato – intendeva, sia pure ad altri fini, prescindere. Con l'ulteriore conseguenza che se prevarrà – come è probabile – la soluzione contabile di configurare tali strumenti come poste di debito nel bilancio della società emittente anche per gli apporti di *equity*, non potranno mai trovar applicazione per essi le suddette distinzioni fiscali fra strumenti finanziari partecipativi o non partecipativi al patrimonio: infatti, solo le partecipazioni in senso tradizionale – azioni o quote – avrebbero tecnicamente la caratteristica di rappresentare una partecipazione ad un “capitale” o “patrimonio”.

²³⁶ L'art. 44, comma 2, dispone che: “ai fini delle imposte sui redditi: a) si considerano simili alle azioni, i titoli e gli strumenti finanziari emessi da società ed enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a), b) e d), la cui remunerazione è costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi. Gli art. 47 e 89 del TUIR, nell'esplicitare il trattamento impositivo dei dividendi, parlano di “utili distribuiti, in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione, da società ed enti soggetti all'IRES.

economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale gli strumenti finanziari sono stati emessi”.

La possibilità di qualificare gli strumenti finanziari partecipativi come partecipazioni al patrimonio della società emittente dipende, invero, da come essi sono strutturati sotto il profilo della partecipazione al rischio di impresa. Per stabilire il carattere partecipativo di un investimento diverso da quello azionario non è, infatti, sufficiente verificare che la remunerazione sia parametrata all'andamento economico della società, perché siffatta circostanza attiene alla fase del mero accertamento dei presupposti legittimanti l'insorgenza del diritto di credito dell'investitore.

È vero che sotto il profilo economico, la caratterizzazione in senso partecipativo dello strumento dipende, essenzialmente, dall'attribuzione al sottoscrittore di un diritto frazionario sul risultato finale dell'esercizio, ma ciò è insufficiente ai fini della qualificazione dello stesso come partecipazione al patrimonio sociale: occorre verificare la tendenziale stabilità dell'investimento.

In questo senso dovrebbe aiutare la loro rappresentazione contabile, che tende a riflettere l'esistenza o meno di un obbligo di rimborso in capo all'emittente. Se l'apporto è irredimibile, ossia restituibile solo in caso di liquidazione della società emittente, una volta soddisfatti tutti i debitori, unitamente al capitale sociale in concorso con i soci, allora si è di fronte ad un apporto che può dirsi partecipe del rischio di impresa. Contabilmente verrebbe rappresentato in una voce del netto diversa dal capitale sociale (in genere una riserva indisponibile). Nel sistema IAS non è, invece, sufficiente la previsione della non rimborsabilità dell'investimento per considerare come di capitale lo strumento finanziario, occorrendo altresì valutare il sistema di remunerazione stabilito nel regolamento di emissione: se lo strumento, pur non essendo irredimibile, comunque attribuisce al titolare una partecipazione agli utili della società, allora è uno strumento di quasi capitale. Non è così se la remunerazione risulta meramente parametrata all'andamento economico della società. Si prescinde comunque dalla presenza o meno di diritti di voto, che, invece, in ambito civilistico presentano un loro peso - accanto alla valutazione del grado di partecipazione al rischio di impresa - ai fini della qualificazione in senso partecipativo di un titolo.

Invero, come più sopra messo in luce a proposito dell'associazione in partecipazione, non è affatto certo che la rappresentazione di un capitale di terzi come debito significhi che quell'apporto non partecipi al rischio di impresa. Occorre, invece, dare rilievo ai profili della remunerazione ad utile e della restituzione condizionata all'assenza di perdite.

Ora, non sembra che il legislatore fiscale, ai fini della definizione degli "utili da partecipazione", abbia voluto dar rilievo al profilo del rischio dell'investimento nell'impresa; appare, invece, circoscrivere tale definizione ai guadagni derivanti dall'investimento in azioni (di qualunque tipo), a prescindere dalla necessità di un'indagine diretta a verificare la sussistenza del rischio dell'investimento: la partecipazione azionaria (o comunque che rappresenti quote del capitale sociale) è il corrispettivo di un conferimento che attribuisce la qualità di socio e che potrà essere imputato al capitale o al patrimonio (per esempio, nel caso dei conferimenti non proporzionali) e che comporta, per la società, l'iscrizione in bilancio di attività patrimoniali e, per il socio, l'assunzione di determinati diritti sociali (diritti il cui contenuto potrà risultare variamente forgiato per effetto dell'esercizio dell'autonomia statutaria, senza che ciò abbia rilevanza ai fini tributari).

In effetti, anche le indicazioni fornite dalla commissione di studio per la riforma fiscale del 2003, presieduta dal Prof. Franco Gallo, sembravano andare in questa direzione, laddove prescrivevano di considerare utili da partecipazione soltanto il rendimento derivante dall'apporto di capitale (denaro, beni, crediti). I rendimenti derivanti, invece, dall'apporto di opere e servizi avrebbero dovuto costituire redditi della stessa categoria di quelli derivanti dalla prestazione di opera o servizi²³⁷.

Per tutti gli altri strumenti finanziari diversi dalle azioni nemmeno si pone il problema della valutazione del grado di partecipazione al rischio di impresa: ai fini dell'assimilazione alle azioni occorre valutare unicamente il profilo negoziale della

²³⁷ Cfr. la bozza dell'art. 6 bis del TUIR suggerita dalla Commissione. Ciò in considerazione del fatto che l'apporto di opere o servizi non viene iscritto nell'attivo di bilancio a fronte dell'incremento patrimoniale (riserva) o del debito, quindi, non dà luogo ad alcun costo deducibile per la società e, conseguentemente, non configura l'attribuzione di uno strumento finanziario come corrispettivo per l'apportante, nemmeno nel caso in cui siano attribuite azioni.

remunerazione per verificare se si tratti di “remunerazione totalmente costituita dalla partecipazione ai risultati economici” dell’emittente (o di altra società del gruppo)²³⁸.

La motivazione di questa scelta è stata rinvenuta in esigenze di cautela fiscale. Ben, infatti, è stato detto, un criterio guida, ai fini dell’assimilazione alle azioni, avrebbe potuto essere quello che guarda alla natura complessiva dell’investimento, al fine di inquadrarlo tra i rapporti di equity oppure di debt²³⁹, ma ciò avrebbe potuto generare comportamenti elusivi.

La natura della remunerazione è sembrata acquistare così valore dirimente, al fine di individuare gli strumenti finanziari che possono essere assimilati alle azioni; con la conseguenza che, in linea di principio, sono suscettibili di rientrare tra gli strumenti finanziari assimilati alle partecipazioni, oltre a quelli caratterizzati da un apporto ad equity, anche quelli che rappresentano un mero finanziamento (rectius: un apporto oggetto di un debito incondizionato di restituzione) o un apporto atipico (es. di opere o servizi), qualora la remunerazione abbia la caratteristica di essere totalmente commisurata ai risultati dell’attività d’impresa²⁴⁰.

È stato rilevato in dottrina che questa assimilazione appare incongrua rispetto alle finalità antielusive che condizionano la norma²⁴¹ e contraddittoria rispetto alla tendenza del nuovo diritto societario a considerare il socio come investitore²⁴²: si potrebbe considerare, invece, utile da partecipazione ogni provento che derivi da apporti ad equity senza obbligo di restituzione, a prescindere dall’assunzione della qualità di socio. Tuttavia, se ciò vuol dire indagare la natura del rapporto tra investitore e società e, precisamente il profilo di rischio dell’investimento, ebbene sembra che sia proprio questo profilo di indagine che il legislatore tributario abbia voluto evitare, per l’intrinseca difficoltà di inquadrare un qualsiasi strumento finanziario (compresa l’azione) nell’una o nell’altra categoria di investimenti.

²³⁸ Ma anche su questo punto, come si dirà subito, la dottrina non è d’accordo.

²³⁹ E ciò a prescindere dalle modalità di rappresentazione contabile. Infatti uno strumento finanziario emesso a fronte di apporti di equity ben può essere rappresentato secondo gli schemi dei rapporti sinallagmatici (come avviene per l’associazione in partecipazione), con conseguente rilevazione di un debito nello stato patrimoniale e di un costo nel conto economico in corrispondenza dell’utile riconosciuto al portatore dello strumento.

²⁴⁰ Cfr. circolare Assonime n. 32 del 14 luglio 2004.

²⁴¹ Escalar G., Il nuovo regime di tassazione degli utili da partecipazione e dei proventi equiparati nel decreto legislativo di riforma dell’imposizione sul reddito delle società, in *Rassegna tributaria*, 2003, p. 1922 ss.

²⁴² Basilavecchia M., La difficile individuazione degli utili da partecipazione, in *Corriere tributario*, 2005, p. 365 ss.

Se, invece, si volesse interpretare la partecipazione come investimento allora, come meglio si vedrà nel capitolo III, occorrerebbe riqualificare l'apporto nei termini giuridici del finanziamento, cioè del rapporto obbligatorio di credito-debito tra le parti. Ne deriverebbe che tutte le possibili forme giuridiche del finanziamento (azioni, strumenti finanziari, obbligazioni) potrebbero risultare accomunate sotto il profilo del guadagno per l'investitore, guadagno che, dal punto di vista economico, coinciderebbe col profitto dell'impresa, mentre giuridicamente potrebbe essere considerato "frutto" del capitale²⁴³. Finchè si continuerà a far leva sulla distinzione giuridica tra azioni e obbligazioni allora la nozione di utili da partecipazione resterà ancorata a quella di dividendo, ossia di utile dell'esercizio che sia stato oggetto di una delibera di distribuzione da parte dell'assemblea dei soci.

A partire dal concetto di dividendo si potrà poi discutere se la nozione fiscale di utile da partecipazione si allarghi a comprendere anche proventi che dividendo non sono.

Cosa si debba intendere per dividendo è, comunque, problema non risolto neanche in ambito civilistico, se si pensa che già con riferimento al caso di accantonamento di utili di esercizio non è pacifico se la successiva distribuzione delle riserve, così formate, dia luogo a distribuzione di dividendi (si veda il cap. I). Certo è che di dividendo può parlarsi solo per quegli utili che sono percepiti a titolo di qualità di socio.

In effetti già prima dell'ultima riforma fiscale (quella del 2003) si riteneva che la qualificazione di dividendo che assume rilevanza ai fini fiscali andasse oltre la

²⁴³ Che anche il dividendo possa configurarsi come frutto civile ed applicarsi ad esso la disciplina recata dall'art. 821 c.c., è opinione largamente condivisa in dottrina. Militano infatti a favore di questa tesi sia argomenti letterali (l'utile distribuito al socio ha la sua causa nell'apporto che quegli ha fatto alla società, e si identifica perciò sostanzialmente col "corrispettivo del godimento che altri abbia" della cosa conferita, ex art. 820, comma 3, c.c.) sia argomenti logico-sistematici: escluso infatti che il dividendo possa qualificarsi tout court come frutto naturale, pare arduo individuare in esso un provento della qualità di socio (cioè del conferimento) che non sia assoggettato – direttamente o per analogia – alla disciplina dei frutti, ed in concreto a quella del frutto civile, figura assai più prossima al dividendo che non il frutto naturale. Cfr. Colombo G.E., Utili, dividendi e acconti dividendo, in Bilancio d'esercizio e consolidato, a cura di Colombo G.E., Olivieri G. – Torino, 1994, p. 526. Nella prospettiva tributaria non è tuttavia necessario stabilire se i dividendi debbano considerarsi o meno frutti civili, perché reddito di capitale è il risultato economico dello sfruttamento delle potenzialità produttive del capitale secondo forme che non determinano, almeno secondo un giudizio ex ante, la consumazione e/o la trasformazione definitiva della fonte; questo sfruttamento, peraltro, non richiede un trasferimento attuale del capitale e neppure un trasferimento in senso proprio. Quest'ultima circostanza consente di attirare nella categoria anche i proventi derivanti dal contratto di società sia che lo si concepisca come contratto traslativo sia come mera messa in comune di beni. Cfr. Esposito R., I redditi di capitale, in Commento agli interventi di riforma tributaria, a cura di Miccinesi M., Padova 1999. Per l'approfondimento di questa tematica si rinvia al capitolo III, paragrafo 13.

connotazione civilistica²⁴⁴. Infatti il dividendo in senso civilistico è un utile realmente conseguito, risultante dal bilancio regolarmente approvato e di cui sia deliberata la distribuzione. In ambito fiscale rileva anche la distribuzione in difformità alle risultanze di bilancio e ciò sia nell'ipotesi di distribuzione occulta di dividendi, sia di distribuzione palese ma in difformità alle regole che la governano, mentre non può avere rilevanza alcuna un utile che risulti fittizio, cioè che non rispecchia i criteri di valutazione posti dal legislatore civilistico. Purchè, quindi, si permanga nell'ambito del suo "reale conseguimento" e nella qualifica soggettiva di socio di chi lo percepisce, l'utile da partecipazione viene a configurarsi come ogni vantaggio, beneficio o utilità in qualsiasi forma trasferito dalla società al socio. E ciò appare confermato anche nell'attuale legislazione, dove, l'art. 89, comma 2, TUIR, parla di "utili distribuiti, in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione, anche nei casi di cui all'art. 47, comma 7" (recesso, esclusione, riscatto, riduzione del capitale esuberante, liquidazione anche concorsuale della società). Dunque, pur in presenza di rimborso di capitale o di altri fondi sicuramente non aventi natura reddituale, o comunque di natura diversa da quella dell'utile da partecipazione, si può configurare un dividendo presso i soci.

Nemmeno è necessario verificare l'esistenza di un diritto del socio al dividendo, perché rileva, ai fini tributari, la materiale apprensione dello stesso (principio di cassa). Ciò vuol dire che non occorre alcuna verifica degli atti giuridici dai quali dipende l'esistenza del dividendo e, in particolare della delibera di distribuzione²⁴⁵. La distribuzione del dividendo non costituisce manifestazione di capacità contributiva, che assuma rilevanza autonoma, rispetto alla percezione dell'utile da parte del socio.

²⁴⁴ Lovisolo A., Il sistema impositivo dei dividendi, Padova 1980. Anche Falsitta G., voce Utili e dividendi (imposizione su), in Enc.giur., XXXII, Roma, 1994, 6, già nel sistema ante riforma osservava che, ad una configurazione civilistica formale del concetto di dividendo, il diritto tributario sostituisce una nozione sostanziale, estendendola fino a ricomprensione situazioni giuridiche che, secondo i dettami civilistici, ne resterebbero escluse, in quanto vengono attratte alla sfera impositiva propria dei dividendi tutte quelle utilità che, sotto qualunque denominazione, vengono attribuite ai soci senza adeguato corrispettivo; ciò che rileva ai fini impositivi è la natura reale delle somme distribuite ai soci, e non già il fatto che tale distribuzione sia assistita dai requisiti formali richiesti dalla legge civile.

²⁴⁵ Secondo la dottrina civilistica (Rossi, Colombo, Buonocore) esiste un diritto individuale dei soci agli utili, derivante dallo stesso contratto sociale; non esiste prima della sua deliberazione, alcun diritto al dividendo concepito come diritto alla ripartizione periodica dell'utile; esiste un diritto di credito del socio sul dividendo già deliberato. La delibera di distribuzione, facendo sorgere in capo al socio il diritto di credito alla percezione dell'utile, attua presso di lui la disponibilità giuridica del dividendo, rendendolo certo nella sua esistenza e determinandone il relativo ammontare. L'applicazione del principio di cassa rende irrilevante l'indagine sulla disponibilità giuridica del dividendo.

La riforma ha esteso la disciplina dei dividendi anche alle remunerazioni costituite totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società, pagate ai titolari di strumenti finanziari diversi dalle azioni²⁴⁶. Come abbiamo visto tali proventi non sono “utili da partecipazione” e la ragione dell’estensione ad essi del medesimo regime tributario previsto per gli utili da partecipazione è stata rinvenuta nella necessità di evitare che la società emittente potesse dedurre dal reddito di esercizio costi che sono sostanzialmente assimilabili ai dividendi. Si tratta, quindi, di un’assimilazione che non ha una ragione giuridica, ma economica.

L’indeducibilità non sarebbe estesa ai proventi per i quali la connessione con i risultati economici dell’impresa riguardi unicamente l’an, ma non il quantum, della corresponsione dei proventi e/o del rimborso ai sottoscrittori (come nel caso di titoli con il tasso di rendimento prestabilito, per i quali il pagamento degli interessi in una certa misura sia subordinato all’esistenza di utili)²⁴⁷.

Sul concetto di remunerazione costituita dalla partecipazione ai risultati economici dell’emittente (o di altra società del gruppo o dell’affare), è stato rilevato che il legislatore ha voluto intendere come partecipazione al risultato quella che comporta un collegamento causale tra rendimento e risultato economico della società. Secondo le proposte della commissione Gallo il legislatore avrebbe potuto optare anche per un concetto di partecipazione ai risultati come remunerazione semplicemente indicizzata all’andamento economico della società.

Il riferimento, ai fini dell’indeducibilità, anche ad un collegamento “indiretto” con i risultati societari ha fatto ritenere che occorra comunque valutare la rischiosità dell’investimento, sebbene soltanto sotto il profilo della remunerazione, di modo che possa considerarsi partecipazione ai risultati economici soltanto quella riconosciuta quando vi sia il supero dell’attivo rispetto al passivo²⁴⁸, con un occhio quindi alla distinzione tra finanziamenti e partecipazione quasi-azionaria.

In effetti, si può esser d’accordo sul fatto che l’indeducibilità degli utili dovrebbe essere circoscritta alla ricchezza che costituisce patrimonio per la società che tale utile realizza:

²⁴⁶ Non tutti gli strumenti finanziari, solo quelli che considerati produttivi di redditi di capitale. Non vi rientrano perciò i contratti derivati e gli altri contratti a termine di natura finanziaria, anche se assicurano una partecipazione ai risultati economici dell’emittente o di altra società del gruppo. I redditi di tali contratti sono, infatti, menzionati dall’art. 67 del TUIR tra i redditi diversi. Cfr. circolare 26/E 2004.

²⁴⁷ Cfr relazione illustrativa al d.lgs. 344 del 2003 e circolare 26/E 2004.

²⁴⁸ Cfr Tassani T., Autonomia statutaria, op. cit. p. 305.

se l'utile viene concepito come parte del patrimonio netto della società, la sua distribuzione si dovrebbe ritenere distribuzione di patrimonio e, come tale, situarsi al di fuori degli utili che concorrono a determinare il risultato di esercizio. Nel caso in cui, la società realizzasse una perdita non potrebbe essere distribuito alcun utile (nella misura in cui si intacchi l'integrità del patrimonio sociale), nemmeno ai sottoscrittori di quasi-capitale, i quali condividono lo stesso rischio dei soci²⁴⁹.

Secondo l'Agenzia delle Entrate la partecipazione (diretta o indiretta) ai risultati economici della società si configura a prescindere dal fatto che l'investitore subisca o meno anche le perdite di periodo, con ciò intendendo che non è sotto il profilo del rischio che va determinato se si tratti di una remunerazione assimilata ai dividendi.

Parte della dottrina ritiene che si dovrebbero analizzare le specifiche modalità di attribuzione dell'utilità, per verificare se effettivamente vi sia in collegamento col risultato economico²⁵⁰.

In effetti, la discussione nell'ambito del diritto commerciale, come visto più sopra, dimostra che la remunerazione degli strumenti finanziari, e in particolare di quelli partecipativi, non necessariamente trova la propria causa nel contratto sociale e potrebbe anche non essere condizionato dalla decisione assembleare sulla distribuibilità dell'utile, poichè i titolari di strumenti finanziari partecipativi non hanno diritto di voto nell'assemblea dei soci ed, invero, la partecipazione al risultato economico della società potrebbe anche prescindere dall'approvazione del bilancio e l'assetto contrattuale riconoscere a tali strumenti finanziari un determinato importo a valere sugli utili relativi a una determinata operazione (come, ad esempio, la vendita di una certa partecipazione azionaria). In questo caso lo statuto o il regolamento di emissione diverrebbe la fonte dell'obbligazione pecuniaria vantata dai portatori di strumenti partecipativi che potrebbero pretendere l'adempimento.

Una tale strutturazione, sotto il profilo della remunerazione, dello strumento finanziario partecipativo, avvicina molto quest'ultimo alla figura dell'associazione in partecipazione (in cui l'apporto sia costituito non da opere e servizi ma da capitale).

²⁴⁹ Lo rileva Padovani F., op. cit., p. 288

²⁵⁰ Stevanato D., Barbone L., Remunerazioni finanziarie commisurate all'utile e indeducibilità fiscale, in *Dialoghi dir.trib.*, 2004, 208, secondo i quali fuoriescono dall'ambito della regola di indeducibilità le remunerazioni semplicemente ancorate ai risultati economici, come una remunerazione a scaglioni oppure erogata in funzione di parametri diversi dal risultato economico, come, ad esempio, i ricavi, il fatturato, i dividendi distribuiti etc.

Come messo in luce più sopra, la remunerazione dell'associato in partecipazione è trattata come costo per la società perché si tratta di un contratto avente natura sinallagmatica²⁵¹ e lo stesso potrebbe essere il trattamento contabile della remunerazione di uno strumento finanziario partecipativo, nella misura in cui essa è dovuta al partecipante indipendentemente dal placet assembleare.

Siffatta configurazione, tuttavia, non è apparsa di ostacolo all'estensione del regime fiscale delle azioni agli strumenti finanziari di natura partecipativa "a condizione però che sussistano effettive ragioni economiche ed antielusive che la giustificano sul piano delle scelte di tax policy"²⁵².

A ben vedere è possibile una diversa ricostruzione delle ragioni sottostanti l'equiparazione tra dividendi distribuiti ai soci ed utili corrisposti dalle società in forza di specifici assetti contrattuali, diversi da quello societario, anche se ad esso collegati (e riconducibili in sostanza allo schema dell'associazione in partecipazione o del mutuo remunerato con una partecipazione agli utili).

²⁵¹ Anche se in giurisprudenza sussiste un indirizzo, sebbene minoritario, che considera l'associazione in partecipazione un contratto associativo.

²⁵² Cfr Gallo F., Riforma del diritto societario e imposta sul reddito, in *Giur. comm.* 2004, 02, 272. L'Autore sostiene: "tali ragioni, a mio avviso, ricorrono sicuramente - almeno in via di principio - nell'ipotesi in cui la partecipazione avviene attraverso un apporto di capitale. In tale caso infatti l'associato, pur non possedendo lo status di socio, condivide con esso l'esposizione - e quindi partecipa - al rischio d'impresa, per essere tenuto a rispondere delle perdite fino a concorrenza dell'apporto. L'uso dello strumento finanziario partecipativo potrebbe configurare, in particolare, la manovra che il penultimo principio direttivo della lett. g) dell'art. 4 della legge delega sulla riforma fiscale mira a colpire, e cioè la distribuzione di utili da partecipazione sotto la forma di interessi. Per contro, riterrei non sufficientemente giustificata, né sotto il profilo giuridico né sotto quello economico, l'applicazione del regime fiscale degli utili delle azioni ai proventi dei titoli c.d. partecipanti, e cioè di quei titoli che assicurano una partecipazione (solo) agli utili della società emittente, ma non alle perdite. Va rilevato al riguardo che, sotto il profilo giuridico i "titoli partecipanti" recano incorporato un rapporto non di partecipazione o, comunque, associativo, bensì di mutuo o di deposito irregolare. La dottrina civilistica prevalente ritiene, infatti, che l'attribuzione di una partecipazione agli utili per la concessione della disponibilità temporanea di un capitale non snaturi la causa dei predetti contratti non solo nel caso in cui tale partecipazione si aggiunga agli interessi, ma anche nel caso in cui costituisca la sola forma di remunerazione concordata. E ciò perché nei contratti di credito la corresponsione degli interessi può anche mancare, essendo pacificamente ammessa l'ipotesi del mutuo e del deposito irregolare gratuito. Che sia così è del resto confermato ora dallo stesso ricordato disposto del 2° comma dell'art. 2411 del nuovo c.c., contenente la disciplina dei diritti degli obbligazionisti. Tale disposizione, stabilendo che "i tempi e l'entità del pagamento degli interessi possono variare in dipendenza di parametri oggettivi anche relativi all'andamento economico della società", lascia inequivocabilmente intendere che anche le "obbligazioni" possono assicurare una partecipazione ai risultati economici della società che le abbia emesse, senza per questo cessare di essere tali ai fini classificatori e della disciplina civilistica da applicare. (...). Insomma, tutta questa materia andrebbe, a mio avviso, rivista non certo per negare radicalmente la regola dell'ineducibilità dei proventi corrisposti a fronte di strumenti finanziari partecipativi, ma per individuare le giuste deroghe a tale regola, che è come dire stabilire nel dettaglio in via normativa le ipotesi in cui non ricorre la ragione economica dell'ineducibilità.

Come sostenuto da Fedele A.²⁵³ “l’equiparazione – che comporta, in pratica, l’indeducibilità, per la società, dell’utile corrisposto al finanziatore e la sua “esenzione” (parziale) per il percettore – troverebbe una giustificazione ... sistematica (e non in termini meramente antielusivi...). ... Anche mantenendo ferma la natura non associativa di questi contratti, l’assimilazione degli utili corrisposti ai dividendi può ... essere sostenuta in ragione della comune funzione retributiva dell’ “investimento”. ... La scelta ... di considerare ineducibili, per la società, gli utili distribuiti ai soci...ed eventualmente esentarli in capo al socio, mentre il regime proprio dei redditi derivanti da finanziamenti è quello della deducibilità per la società e dell’imponibilità piena per il socio, ...non è nella natura delle cose, è il risultato di una valutazione. Ad esempio, si può razionalmente sostenere la soluzione dell’indeducibilità, per l’imprenditore, degli interessi passivi. ... Infatti, la questione della deducibilità degli interessi passivi si pose, nel nostro sistema tributario, con riferimento all’originaria disciplina dell’imposta di ricchezza mobile. Per converso si potrebbe ipotizzare la deducibilità anche degli utili societari. ... Si realizzerebbe così un’imposizione sui soli redditi societari non distribuiti, in qualche modo “recuperabile” con la successiva distribuzione. ... Anzi, potrebbe dirsi che questo era, in sostanza, l’assetto realizzato con il precedente sistema di imposizione in capo alla società (soggetta a IRPEG), con recupero per il socio, tramite il credito d’imposta commisurato al dividendo distribuito. Anche in questo caso risultava assoggettato ad imposta il reddito della società non distribuito ai soci”.

Il vero profilo di rilevanza della distinzione tra utili ed interessi non riguarda il regime del percettore, ma il trattamento della società che eroga il reddito: il problema è quello della deducibilità o meno, nella determinazione del reddito di impresa, delle somme corrisposte ai “finanziatori”. Problema che conduce direttamente alla questione della doppia imposizione dei redditi societari, di cui si discute nel prossimo paragrafo. Qui si può anticipare che, una volta che si ammetta l’identità dei redditi, il divieto di doppia imposizione si risolve in una simmetria: ciò che si assoggetta all’imposizione in capo al socio non può concorrere alla formazione del reddito imponibile della società (deve cioè essere dedotto) e viceversa.

²⁵³ Fedele A., I rapporti tra soci e società, in AA. VV., La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete, a cura di F. Paparella, Milano 2006.

2. TASSAZIONE DEL REDDITO D'IMPRESA IN CAPO ALLA SOCIETÀ ED ESIGENZA DI COORDINAMENTO DELLA TASSAZIONE DEGLI UTILI DA PARTECIPAZIONE IN CAPO AL SOCIO: IL PROBLEMA DELLA DOPPIA IMPOSIZIONE DEGLI UTILI SOCIETARI: ESISTE?

Nel sistema impositivo attuale le società per azioni, in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione²⁵⁴ sono assoggettate ad IRES sull'utile risultante dal conto economico dell'esercizio chiuso nel periodo di imposta, rettificato con le variazioni in aumento o in diminuzione conseguenti all'applicazione dei criteri stabiliti nell'apposita sezione del TUIR dedicata alla determinazione della base imponibile IRES.

Il reddito assoggettato ad IRES è ritenuto un "reddito entrata" perché non comprende soltanto la ricchezza prodotta ma anche plusvalenze, sopravvenienze e perdite, di modo che formano reddito di impresa tutti gli incrementi di valore del patrimonio d'impresa, seppur fortuiti od occasionali (e dunque straordinari ed imprevedibili), che non derivino esclusivamente da cause estranee all'organismo economico produttivo creato dall'imprenditore²⁵⁵. Pertanto, sono, ad esempio, da considerarsi estranei alla gestione i conferimenti e i prelievi di capitale, anche se essi possono condizionare i redditi futuri²⁵⁶.

Il richiamo al risultato di bilancio quale base per la determinazione dell'imponibile significa, poi, fare riferimento ad un "reddito realizzato", in accoglimento del principio civilistico della prudenza. In tale prospettiva le variazioni assumono il ruolo di espungere o limitare la rilevanza fiscale delle componenti di natura valutativa, le quali vanno ad inficiare la certezza del rapporto tributario. Alcune di esse sono invece tese a

²⁵⁴ La presente ricerca si focalizza sui soli soggetti di imposta che si classificano come società, sia di capitali sia di persone.

²⁵⁵ G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario*, Padova 2009. Secondo V. Giardina (*Le basi teoriche del principio di capacità contributiva*, Milano 1961) gli incrementi nel valore del patrimonio di una persona che siano inaspettati, imprevisi, non calcolati o fortuiti, non possono considerarsi reddito. Ma seguendo questa teoria si dovrebbero escludere dal reddito d'impresa tutte quelle variazioni del patrimonio dovute a fatti estranei alla gestione (quindi le minusvalenze e le plusvalenze). E ciò contraddirebbe la concezione (aziendalistica) del reddito d'impresa come reddito entrata.

²⁵⁶ Si tratta di una nozione di reddito di impresa che ha subito l'influenza dell'economia aziendale; anche se il legislatore fiscale non ha accolto pienamente la nozione aziendalistica di reddito di impresa, dal momento che vi include anche gli incrementi di ricchezza gratuiti come le eredità, i legati, le elargizioni e le donazioni.

contrastare comportamenti elusivi od evasivi, ed altre trovano la loro ragione in istanze di carattere extra-fiscale tese ad ottenere agevolazioni o, al contrario, disincentivi.

Negli ultimi anni l'introduzione dei principi contabili internazionali²⁵⁷ ha inciso sulla natura del reddito d'impresa. Inizialmente il legislatore fiscale si era orientato verso un principio di neutralità del sistema impositivo rispetto a questi principi, ma poi, nel 2008, essi sono entrati nella determinazione del reddito imponibile provocando il sostanziale abbandono del principio del reddito d'impresa imponibile come reddito realizzato²⁵⁸.

La disciplina del reddito di impresa si applica anche alle società di persone in virtù dell'art. 56, comma 1, TUIR.

A questo punto occorre capire se il reddito percepito dal socio²⁵⁹ (sia per effetto della distribuzione di dividendi, sia per effetto del realizzo delle riserve di utili presenti nel patrimonio netto sociale attraverso la cessione della partecipazione) si identifichi con una parte del reddito "posseduto" dalla società ed assoggettato all'IRES.

La conclusione dipende dalla configurazione del sistema impositivo: se il sistema è di tipo personale, il reddito si individua in funzione del soggetto e se la società è ritenuta un soggetto autonomo²⁶⁰, necessariamente il reddito da essa realizzato non può essere identico a quello del socio²⁶¹. In un tale contesto non può sussistere alcuna doppia imposizione giuridica e non trovano giustificazione sistematica i "rimedi" per eliminarla

²⁵⁷ I principi contabili internazionali si fondano sul principio della prevalenza della sostanza economica sulla forma giuridica e sono informati al modello del reddito maturato. L'accoglimento di tali principi si è tradotto, nell'ordinamento fiscale, nell'inapplicabilità dei primi due commi dell'art. 109 del Tuir che fissano regole specifiche per individuare il momento di competenza temporale dei componenti reddituali, basandosi su aspetti giuridico-formali come il passaggio di proprietà, la stipula degli atti e l'ultimazione della prestazione.

²⁵⁸ Questa è l'opinione di Falsitta (Manuale di diritto tributario, op. cit.)

²⁵⁹ Si utilizza nel prosieguo il termine socio e partecipazione in senso lato per indicare in genere l'investitore e il titolo di cui è portatore.

²⁶⁰ La distinzione tra soci e società è ancora oggi oggetto di discussione. Sebbene, sotto il profilo giuridico, non sia contestata l'autonomia della società, ossia l'idoneità della stessa ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive, non è del tutto pacifico il criterio per individuare in capo a tali entità la soggettività tributaria. Il dato normativo cui si tende a dare rilevanza è quello della non appartenenza dell'ente a terzi (art. 73 del Tuir), ossia del potere di quest'ultimo di fissare in via autonoma il proprio indirizzo, di autogovernarsi, oltreché di possedere una propria autonomia patrimoniale (A. Fedele, Imposte reali e imposte personali, op. cit.; G. Franson, La territorialità nel diritto tributario, Milano 2004). Per approfondimenti si rinvia al capitolo III, paragrafo 2.

²⁶¹ Fedele A., I rapporti tra soci e società, op. cit. p. 48.

o attenuarla. La problematica, semmai, può presentarsi sotto un profilo squisitamente economico²⁶².

In un'ottica di imposizione "reale" dei redditi, invece, appare più agevole dimostrare la sussistenza di una doppia imposizione perché il reddito si identifica in funzione dell'attività che lo produce e quindi può affermarsene l'identità a prescindere dal soggetto cui è riferito.

Peraltro, la doppia imposizione potrebbe, in questo ambito, risultare fisiologica nel momento in cui si arrivasse a configurare l'utile percepito dal socio come fattispecie del tutto autonoma e distinta rispetto al risultato dell'attività di impresa²⁶³.

Analizzando l'evoluzione del nostro sistema impositivo si possono trarre interessanti conclusioni sul problema della doppia imposizione degli utili di impresa.

Dopo la proclamazione del regno d'Italia fu necessario riformare il sistema tributario. Esistevano una molteplicità di sistemi con finalità differenti tra loro: nel regno di Sardegna esisteva già un'imposta sulla ricchezza mobile e un prelievo sulle successioni, imposte che non esistevano nel regno borbonico, maggiormente conservatore.

Il clima culturale dell'epoca era improntato ad una visione liberale del tributo visto come prestazione imposta giustificabile solo in base al criterio del beneficio. Negli stati preunitari l'imposizione aveva una funzione meramente commutativa.

²⁶² Nel caso della tassazione delle imprese l'analisi economica – contrariamente a quanto avviene per la tassazione dei redditi da lavoro o del consumo, per i quali si pone in un'ottica di massimizzazione del grado di efficienza ed equità – si concentra di più sulla valutazione degli effetti di neutralità – intesa come attitudine della tassazione a non indurre l'impresa ad assumere comportamenti diversi rispetto a quelli che, *ceteris paribus*, l'impresa sceglierebbe in assenza di imposizione - e competitività del sistema impositivo in relazione ai livelli e tipologie di tassazione dei redditi d'impresa di altri sistemi fiscali. Ciò in quanto in un'economia perfettamente concorrenziale il massimo grado di efficienza e di equità si può raggiungere tassando tutte le componenti del reddito percepito dalle persone, incluso quello ricevuto sotto forma di dividendi o guadagni di capitale, senza alcuna necessità di una tassazione autonoma delle imprese. Secondo tale impostazione, le imprese, a prescindere dalla forma giuridica da esse assunta, costituiscono solo un filtro momentaneo nel circuito della distribuzione del reddito che in ultima analisi affluisce a degli individui. Ciò implica, necessariamente, ai fini della valutazione complessiva del sistema impositivo, dare rilievo congiuntamente sia alla tassazione dell'impresa come soggetto autonomo sia a quella dei soci e degli investitori che percepiscono i redditi generati dall'impresa. Cfr. Santoro A., *Profili economici*, in AAVV. *Imposta sul reddito delle società*, opera diretta da Tesouro, con la collaborazione di Basilavecchia M., Bologna 2007

²⁶³ Se così fosse, allora l'imponibilità in capo al socio di tale risultato potrebbe del tutto prescindere dal riconoscimento della deducibilità dello stesso nei confronti della società.

Solo con l'avvento dello stato di diritto ha preso piede gradualmente l'idea che lo stato fosse titolare di un diritto "naturale" d'imposizione, ancorchè esercitabile solo col consenso dei cittadini.

Minghetti, Scialoja e Sella²⁶⁴ diedero l'avvio alla riflessione sulla ragion d'essere e la funzione dei tributi. Si scelse all'inizio di puntare sulle imposte reali. Così venne unificato il sistema delle imposte sulla ricchezza fondiaria, introdotta una imposta sui fabbricati e l'imposta di ricchezza mobile (legge 14/7/1864 n. 1831). Si trattava di un tributo generale che colpiva tutte le specie di ricchezza mobile avente natura reddituale. Venne applicata per contingente - nonostante il favore generale per il sistema della quotità - e in via residuale sui redditi diversi da quelli colpiti dalle imposte fondiarie.

Si aprì un ampio dibattito intorno a questo nuovo tributo non solo giuridico ma anche politico e si pose in continuo e dialettico confronto con i sistemi tributari di altri paesi che avevano già adottato un sistema tributario a carattere personale (es. Inghilterra).

Pur non essendo un'imposta personale, quella di ricchezza mobile era comunque una imposta con intenti perequativi, in quanto andava a colpire tutte le fonti di reddito, e non solo quello fondiario, e comunque rispondeva anche alle esigenze economiche di gettito.

Il dibattito verteva anche sulla possibilità di individuare in capo alle società di capitali una attitudine alla contribuzione autonoma e distinta da quella imputabile ai soci. Ci si ricollegava al dibattito in ambito commercialistico sul ruolo e la rilevanza della personalità giuridica. La tesi principale era quella secondo cui il conferimento della personalità giuridica attribuisce ad un ente la soggettività giuridica e quindi la possibilità di essere titolari di posizioni giuridiche soggettive.

Le teorie negatrici ritenevano che l'attribuzione di detta personalità fosse una mera finzione, per cui le situazioni della persona giuridica erano attribuibili alle persone fisiche soci.

L'imposta di ricchezza mobile (IRM) colpiva anche le società di capitali in quanto titolari di reddito industriale (categoria B), considerato reddito temporaneo e misto derivante, ossia, dall'impiego di capitale e lavoro. La tassazione avveniva in base al bilancio per cui erano deducibili i costi.

²⁶⁴ Scialoja A., I principi di economia sociale esposti in ordine cronologico, Napoli, 1840; Minghetti M., Della economia pubblica e delle sue attinenze colla morale e col diritto, Firenze, 1881; Sella Q., discorso pronunciato alla Camera il 3 luglio 1863, in Discorsi parlamentari, V, Roma 1887-1890.

L'utile distribuito avrebbe dovuto essere tassato, per principio, quale reddito di puro capitale in capo ai soci (categoria A) e come tale gravato di un prelievo maggiore per il principio di discriminazione qualitativa; infatti, i redditi mobiliari si distinguevano in tre categorie: redditi perpetui, integralmente tassabili perché indipendenti dal lavoro del contribuente e di durata illimitata; redditi temporanei misti in cui concorrevano capitale e lavoro, tassabili per 6/8 del valore, redditi professionali e stipendi, tassabili per 5/8 dell'ammontare.

Tuttavia, in base all'art. 8 del TU n. 4021 del 24 agosto 1877 (che riproduceva la legge n. 1831 del 1864) la ricchezza poteva essere tassata una sola volta in quanto tale a prescindere dalla sua distribuzione²⁶⁵. Solo con il TU del 1958 (d.P.R. n. 645 del 29

²⁶⁵ Tale norma (poi trasfusa nell'art. 83, lett. a), del testo unico del 1958) si cala in un periodo storico in cui non è ancora maturata l'idea di un'attitudine contributiva speciale o autonoma o differenziata degli enti collettivi personificati. La teoria della capacità contributiva autonoma della società ha cominciato ad essere sostenuta dal fondatore della "scuola di Pavia" (B. Griziotti) intorno al 1928. Inoltre, l'essenza della società capitalistica è ravvisata nel concetto di comunione e la situazione del socio è vista come quella di un comproprietario del patrimonio sociale, non del titolare di quel tipico bene che è la partecipazione sociale. Una volta che l'essenza della società è vista in termini di comunione, viene in qualche modo a cadere il diaframma tra società e socio e agli interpreti della norma in parola non viene affatto il dubbio che la stessa si applichi all'azionista e comporti l'inassoggettabilità al tributo mobiliare dei dividendi da quest'ultimo percepiti. Anzi, secondo alcuni (ad esempio Del Rio), il divieto di duplicazione posto dalla legge di RM non poteva intendersi limitato ai dividendi e in genere alle somme loro direttamente distribuite dalla società, ma si doveva estendere anche ai plusvalori che l'azionista avesse realizzato allorché, senza aspettare la distribuzione da parte della società, avesse ceduto ad altri il titolo e con esso il diritto di partecipare alla distribuzione. Il divieto, inoltre, comprendeva non solo i plusvalori riflettenti l'esistenza di utili, presso la società, già prodotti e tassati (in attesa di distribuzione), ma anche le ulteriori lievitazioni del valore dei titoli ricollegabili a plusvalori (compreso l'avviamento) latenti nei beni del patrimonio societario e non ancora direttamente tassati in capo alla società (cfr. Del Rio, nota a Cass. Ss.uu, 5 novembre 1936, in *Giur.comm.*, 1937, p. 211, il cui pensiero viene successivo ripreso e sviluppato da Berliri L.V., Su talune controverse questioni di applicazione del concetto di reddito nel sistema dell'imposta mobiliare, in *Riv.it.dir.fin.*, 1939, p. 202. Ma tale interpretazione, benché logica, non venne condivisa né dagli altri scrittori né dall'Amministrazione finanziaria (cfr. circolare ministeriale 10 dicembre 1941, n. 2540 e Visentini, Azioni gratuite e rivalutazione monetaria, in *Foro it.*, 1953, IV, 72). Il pensiero di Visentini, anzi, anticipa la regolamentazione che della materia viene data dalla legge Tremelloni (legge n. 1 del 1956). Quest'ultima, prevedendo nell'art. 21, sostanzialmente, l'obbligo di valutare le azioni gratuite a costo zero, trasformava queste ultime in plusvalenze potenziali, suscettibili di tassazione; e ciò perché si riteneva che quel plusvalore fosse da attribuirsi agli utili non distribuiti e imputati ad aumento del capitale. Tuttavia, nulla disponeva la stessa legge sulla tassabilità dei dividendi che, invece, si reputava continuassero a non poter essere tassati in ragione del divieto di cui all'art. 8 della legge di RM, con ciò manifestando un'evidente contraddizione del sistema. Tale contraddizione permaneva ancora più evidente quando con il testo unico del 1958, da un lato, l'art. 83, lett. a), codificò espressamente il divieto di tassazione dei dividendi (che nella precedente legislazione veniva dedotto per inferenza dal divieto di duplicazione), e dall'altro, l'art. 103, assorbiva le disposizioni dell'art. 21 della Tremelloni. Invero, come evidenzia Falsitta, in *La tassazione delle plusvalenze e sopravvenienze nelle imposta sui redditi*, Padova 1986, p. 175 ss, sulla scia dell'interpretazione data dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 2105/1973, la valutazione a costo zero delle azioni gratuite si doveva inferire dalla circostanza che il socio riceve tali azioni senza sopportare alcun esborso, mentre il divieto di tassazione dei dividendi si doveva intendere come deroga al divieto di doppia imposizione trasfuso nell'art. 7 del testo unico del 1958: disposizione quest'ultima che, non avendo rilievo e dignità di principio costituzionale, ben poteva essere derogata dal legislatore in singole ipotesi, quale quella che

gennaio 1958), in una prospettiva del prelievo che andava attribuendo rilevanza alla matrice personalistica, venne previsto che i soggetti passivi dell'imposta potevano essere persone fisiche e giuridiche, società e associazioni (art. 8), ribaltando così il principio originario e prevedendo l'autonoma tassazione del reddito delle società (categoria B) e quello dei soci (categoria A).

Il sistema appariva, inoltre, profondamente sperequativo, in particolare perché, mentre le società anonime e per azioni venivano tassate in base al bilancio, gli imprenditori individuali e le società di persone si vedevano applicati criteri presuntivi di determinazione del reddito.

Inoltre, l'articolo 30 del TU dell'imposta di ricchezza mobile del 1877 prevedeva che nel reddito delle stesse società anonime ed in accomandita per azioni (ma ciò valeva anche per le società di persone) fossero computate tutte le somme ripartite sotto qualsiasi titolo tra i soci e quelle imputate ad aumento del capitale o del fondo di riserva o del fondo di ammortamento o ad altri impieghi anche in estinzione dei debiti. Insomma, scontava, in capo alla società, l'imposta di ricchezza mobile tutto il reddito prodotto (quale reddito di categoria B) a prescindere dalla sua destinazione²⁶⁶. Finivano per essere tassate anche

poteva risultare racchiusa nell'art. 103. Altre dottrina, invece riteneva sussistere una iniqua disparità di trattamento tra dividendi e azioni gratuite. Ciò spiega la successiva legge istitutiva della cedolare sui dividendi (legge n.1745 del 1962), tesa appunto ad alleggerire tale disparità.

²⁶⁶ Come rilevato da Falsitta G., in *La tassazione delle plusvalenze e sopravvenienze nelle imposta sui redditi*, Padova 1986, p. 430 ss, "agli interpreti non poteva sfuggire il contrasto esistente tra le formule degli artt. 3 e 8, da una parte, e quella racchiusa nel richiamato art. 30, dall'altra. Nei primi due articoli è espressa in forma sufficientemente chiara l'esigenza di limitare l'oggetto della tassazione ai soli accrescimenti del patrimonio collegati, quale effetto a causa, all'esercizio di qualsiasi professione, anche occasionale, del beneficiario; di contro nell'art. 30 l'accento viene spostato, dalla fonte dell'accrescimento patrimoniale, all'accrescimento patrimoniale in sé, scisso da ogni riferimento alla causa generatrice, e si mostra di considerare sufficiente, ai fini dell'imposizione, che il patrimonio sociale abbia subito un incremento, non importa in che modo e da quale fonte". Il problema non sembrò essere superato allorché fu approvato il nuovo testo unico del 29 gennaio 1958, n. 645, in relazione al disposto degli artt. 100 e 106 (relativo alla tassazione delle sopravvenienze attive). La tassabilità delle sopravvenienze *comunque* conseguite nell'esercizio sociale veniva interpretata come tassabilità di qualsiasi incremento del patrimonio netto, anche indipendente dalla gestione ed anche se non contabilizzato o distribuito. Invero, secondo Falsitta, sotto tale profilo, si poteva rinvenire una continuità tra il vecchio e il nuovo testo della legge di RM, nel senso che il reddito di impresa assoggettabile ad imposta era pur sempre un reddito "prodotto": "sopravvenienza attiva è termine pregnante, che non ha il generico significato di entrata e che, al pari di altri termini, il legislatore ha tratto dal linguaggio tecnico degli aziendalisti. Ora....può dirsi che la sopravvenienza attiva è un elemento positivo di reddito che, di norma, si presenta come prodotto da un fatto straordinario o involontario o imprevedibile. Dal punto di vista giuridico...il termine...designa una classe di elementi positivi di reddito derivanti da eventi che sopraggiungono modificando fatti anteriori, verificatisi in periodi precedenti e che hanno già influenzato i risultati reddituali della gestione di quei periodi". La fonte del reddito di impresa (quando sia una società a produrlo) doveva ravvisarsi in ogni atto, qualunque esso fosse, posto in essere dalla società, a prescindere dal collegamento con l'oggetto sociale. "L'art. 30 – prosegue l'Autore - non può essere interpretato come la codificazione del concetto di reddito-entrata".

quelle somme che rappresentavano spese inerenti alla produzione e oneri gravanti sugli utili sociali, perché vi era la convinzione, anche nella giurisprudenza, che si trattasse sempre di reddito risparmiato, a prescindere dall'impiego che se ne facesse (imputazione a capitale, a riserva, a estinzione dei debiti preesistenti)²⁶⁷. Nel 1911 al congresso nazionale delle società per azioni, tenutosi a Torino, venne richiesto al governo che gli utili mandati a riserva fossero esentati dall'imposta di ricchezza mobile e tassati allorquando se ne effettuasse il riparto.

Oltre agli utili imputati a riserva discussa era l'imponibilità dei sovrapprezzi azionari. Griziotti e Quarta ritenevano che fossero imponibili. Quarta li definiva come una produzione dell'impresa già esistente nel patrimonio sociale, che si veniva a realizzare mediante la riscossione nelle casse sociali. Griziotti osservava che non era l'azienda né il suo patrimonio a rimanere incisa dall'imposta ma i vecchi soci, dato che i nuovi azionisti non sarebbero stati disposti a pagare per le azioni che un prezzo corrispondente agli utili sperati capitalizzati al tasso corrente di interesse²⁶⁸.

Quindi c'era chi riteneva il sovrapprezzo un profitto dell'impresa e chi al contrario lo riteneva un guadagno di capitale dei soci, risolvendosi lo stesso in un incremento del valore dell'azione da colpire con un tributo apposito. Il r.d. 15 ottobre 1925 n. 1082, esentò dall'imposta di ricchezza mobile il sovrapprezzo realizzato da società commerciali²⁶⁹.

²⁶⁷ Nella relazione del ministro delle finanze Magliani, di accompagnamento alla ddl sull'imposta di ricchezza mobile a carico delle società di assicurazioni (camera dei deputati n. 173 II sessione 1877-1878), si legge che l'articolo l'art. 30 era diretto ad evitare che sfuggissero alla imposizione somme che, ammesse in detrazione come spese e come annualità passive, rimanevano pur sempre reddito della società, sebbene imputate a capitale o a riserva o a fondo di ammortamento o impiegate in estinzione dei debiti. Si trattava comunque di reddito prodotto, sebbene mancasse la materiale percezione, e, invero, diceva la relazione, non si potrebbe avere aumento di capitale, di riserva o estinzione dei debiti preesistenti senza risparmio di reddito che, a prescindere dall'impiego che se ne fa, pur sempre costituisce un aumento delle attività patrimoniali della società. Nel 1893 la commissione centrale delle imposte dirette, con decisione del 25 giugno, cominciò ad aderire alla tesi secondo cui gli utili mandati a riserva per costituire il fondo di rinnovamento costituiscono una spesa della società. Secondo Griziotti, tale orientamento mostrava che la giurisprudenza stava diventando consapevole della contraddizione tra l'art. 30 e il resto dell'ordinamento.

²⁶⁸ Cfr. Griziotti B., Gli incrementi di valore nelle azioni industriali e il sistema tributario italiano, in Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario, Milano 1956, I; e Quarta O., Commento alla legge sull'imposta di ricchezza mobile, Milano, 1903, I.

²⁶⁹ Si rinvia per l'approfondimento dell'argomento al capitolo I.

Il problema di fondo in realtà riguardavano lo spirito di questa imposta e cioè se dovesse considerarsi un'imposta sulla società ovvero una forma indiretta di imposizione sui soci.

Nel 1913 il ministro delle finanze Meda²⁷⁰ propose una radicale riforma del sistema tributario. Propose di:

1. imporre agli imprenditori ed alle società di persone gli stessi obblighi contabili previsti a carico delle società per azioni. Tuttavia, il sistema presuntivo di determinazione del reddito per tali soggetti non sembrava destinato a venir meno, considerato che l'art. 48 n. 5 del ddl consentiva, ai soli fini dell'accertamento, all'amministrazione finanziaria di verificare se tali sistemi presuntivi fossero congrui con l'andamento economico dell'impresa ricavabile dal suo impianto contabile;
2. modificare il sistema di tassazione delle società di capitali, prevedendo di sottoporre a tassazione il solo ammontare dell'utile effettivamente distribuito od erogato, come interesse o dividendo, ai soci, agli amministrate o ai terzi. L'azionista non avrebbe dovuto pagare l'IRM una seconda volta in relazione ai dividendi ricevuti. Meda riteneva che il prelievo sugli utili distribuiti rappresentasse una tassazione in capo alla società, salva poi la possibilità di rivalersi sui soci. Egli sembrava concepire la rivalsa non come strumento della sostituzione d'imposta bensì come mera traslazione dell'onere economico. Il contribuente di diritto sembrava essere la società anche in caso di distribuzione degli utili. In caso di non distribuzione in ogni caso la società avrebbe dovuto subire l'imposta. I redditi delle società sarebbero passati quindi dalla categoria B (redditi derivanti da capitale e lavoro) alla categoria A1 (reddito di puro capitale) colpiti con l'aliquota del 18% e non più con quella del 15%. In effetti passando dalla tassazione del reddito complessivamente determinato in base al bilancio al prelievo sul solo utile distribuito si riduceva sensibilmente la base imponibile; ciò che legittimava un aumento dell'aliquota proporzionale. Inoltre, l'inclusione in seno alla categoria dei redditi di puro capitale appariva più idonea

²⁷⁰ Cfr. Relazione governativa al disegno di legge presentato alla Camera dal Ministro delle Finanze Meda nella seduta del 6 marzo 1919, in Storia della finanza pubblica, a cura di Buscema S. e D'Amati N., Padova 1960.

in relazione alla natura dei redditi che si andava a colpire: non più quello prodotto dall'impresa determinato in base al bilancio, bensì il solo utile distribuito. Tale reddito veniva considerato del tutto assimilabile all'interesse che riscuote il creditore dal mutuo o al fitto che percepisce il proprietario dalla casa o rustico; ossia assimilabile ad un reddito in cui il lavoro del titolare è pressochè nullo. Diversamente, il reddito ottenuto dagli industriali e commercianti privati non poteva ritenersi reddito di puro capitale, impiegando questi ultimi un lavoro continuo di direzione, iniziativa, sorveglianza, che gli azionisti, invece, delegano ai direttori generali corrispondendo loro un compenso. Gli utili distribuiti ai soci non avrebbero subito il prelievo di ricchezza mobile ma sarebbero stati assoggettati all'imposta complementare, avente carattere progressivo. Ciò, peraltro, solo in linea di principio; infatti, essendo le azioni, all'epoca, al portatore e mancando ogni sistema di accertamento dei valori mobiliari, gli utili andavano sempre esenti dall'imposta complementare. L'evasione era tanto diffusa e tacitamente accettata che, quando venne introdotta la nominatività obbligatoria delle azioni, con dl n. 1148 del 1941, lo stesso provvedimento di legge dispose l'esenzione dei dividendi dall'imposta complementare e l'assoggettamento ad un prelievo cedolare operato direttamente dalla società con un'aliquota corrispondente a quella massima della complementare.

3. venivano, inoltre, considerate imponibili tutte le somme ripartite in misura maggiore del capitale investito in occasione della liquidazione della società, nonché dell'aumento gratuito del capitale sociale mediante assegnazione gratuita di azioni o aumento gratuito del valore di quelle possedute dai soci. Quest'ultima proposta era diretta ad evitare che le società di capitali non provvedessero alla distribuzione di utili allo scopo di non pagare l'IRM; tali utili rimanendo in pancia all'impresa avrebbero aumentato il valore della partecipazione trasformandosi in poste aventi natura patrimoniale (e non più reddituale). Il prelievo si sarebbe spostato in capo al socio in un momento successivo, ossia all'atto della successione nella titolarità della partecipazione. Il progetto, tra l'altro, recava altre disposizioni tese ad escludere la tassazione, in caso di liquidazione o fusione, di tutte quelle somme restituite ai soci costituenti

“effettivamente” valori versati a titolo di capitale o sovrapprezzo o di riserva (di capitale); mentre, si dichiarava imponibile tutto il ricavo *effettivo* delle attività liquidate al momento della liquidazione o fusione (o cessione), ossia il loro valore corrente di mercato e non il loro valore nominale.

Il progetto Meda, tuttavia, non venne approvato. Una primordiale forma di imposta complementare venne approvata solo nel 1918 essenzialmente per ragioni di cassa conseguenti alla prima guerra mondiale.

Nello stesso tempo la dottrina di interrogava sull'opportunità di trasformare il prelievo tributario (in origine marcatamente reale) in un sistema principalmente basato su imposte di natura personale. Il problema più avvertito riguardava la tassazione degli utili societari²⁷¹. Infatti, le persone fisiche e le società di persone subivano l'imposta complementare sull'intero reddito, mentre le società di capitali la subivano solo sugli utili distribuiti ai soci, dunque, la società di capitali pagava l'imposta di ricchezza mobile (imposta reale proporzionale) sul reddito prodotto e l'imposta complementare personale progressiva sugli utili distribuiti ai soci. Gli utili accantonati a riserva sfuggivano alla complementare.

²⁷¹ Il dibattito appariva però contaminato anche da considerazioni di carattere economico. Ad esempio, Griziotti B. (Sulla imponibilità degli utili mandati a riserva, in Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario, Milano, 1956, I) diceva che, per effetto dell'art. 30 della legge di RM, le società potevano essere tentate di mandare a riserva meno di quanto loro suggerisse una saggia gestione dovendo pagare l'imposta anche su quelle somme destinate ad essere assorbite da passività di bilancio oppure potevano essere tentate dal costituire riserve occulte mediante opportune svalutazioni di merci, beni strumentali, crediti ecc. L'autore riteneva che la tassazione degli utili mandati a riserva fosse la naturale conseguenza dell'autonomia degli esercizi finanziari e che pertanto occorresse modificare questo principio se si voleva ottenere che gli utili fossero tassati nel momento dell'effettiva e definitiva disponibilità da parte dei soci. Griziotti prevedeva la bipartizione degli utili mandati a riserva tra: quelli che avrebbero dovuto essere sempre esenti, quali le somme destinate all'ammortamento e rinnovamento del capitale nonché all'estinzione di passività esistenti; e quelle da assoggettare all'imposta solo in caso di ripartizione tra i soci, quali quelle destinate all'estinzione di passività esistenti al momento della costituzione dell'impresa, quelli destinati all'aumento del capitale operante, alla garanzia contro possibili perdite future, alla garanzia contro possibili oscillazioni dei redditi d'impresa. Considerazioni di carattere giuridico faceva Falsitta G., Le plusvalenze nel sistema dell'imposta mobiliare, Milano 1966, secondo il quale la tassazione delle riserve prima in capo alla società quale reddito prodotto e poi in capo ai soci quale reddito di capitale, non rappresentava, dal punto di vista giuridico, una doppia tassazione neanche nel sistema dell'imposta di ricchezza mobile. La duplicazione si aveva solo sul versante economico; sul piano giuridico l'art. 7 del testo unico disponeva che la stessa imposta non poteva essere applicata più volte neppure nei confronti soggetti diversi in dipendenza dello stesso presupposto; ciò che non si verificava nel caso dell'imposta di ricchezza mobile perché pur essendo reddito unico diversa era la fonte produttiva. D'altra parte, l'art. 83 lett. a), prevedeva un'espressa esenzione degli utili societari dal reddito dei soci.

Nel frattempo si discuteva sull'opportunità di introdurre un'imposta sulle società. Ciò implicava anche una discussione sull'attitudine delle società di capitali ad una contribuzione propria; una discussione sulla natura e la tipologia del prelievo da realizzare in capo alla società (imposta personale o reale?); una discussione sulla possibile coesistenza di un tributo gravante sulla struttura intermedia ed un altro posto in capo al socio persona fisica. Il tutto alla luce delle esigenze di gettito dello stato.

Al fine di soddisfare le esigenze di perequazioni, l'imposta sulle società, doveva colpire gli utili non distribuiti mandati a riserva, i quali scontavano, come detto più sopra, solo l'imposta di ricchezza mobile e non la complementare.

Si dissertava anche sulla proposta di aggiungere una tassazione complementare degli utili non distribuiti, ovvero di esentare dalla complementare quelli distribuiti, per giungere al riallineamento del prelievo tra imprese e società di capitali.

In ogni caso, questo riallineamento sarebbe stato insufficiente laddove si intendesse colpire la società come soggetto autonomo; in questa prospettiva occorre tassare i redditi da questa prodotti a prescindere dalla loro destinazione, e successivamente e distintamente colpire gli utili distribuiti in capo ai soci. Il tutto senza creazione di duplicazione d'imposta.

In effetti, l'introduzione dell'imposta sulle società²⁷² fu preceduta da un ampio dibattito, non solo sull'autonoma capacità contributiva delle società²⁷³ (presupposto soggettivo) e

²⁷² L'imposta sulle società è stata introdotta con legge 6 agosto 1954 n. 603, ed è considerata dalla dottrina l'antecedente immediato dell'IRPEG. Il suo presupposto era duplice: possesso di un patrimonio o di un reddito o di entrambi. Doveva applicarsi un'aliquota del 7,5 * 1000 al patrimonio e del 15% al reddito eccedente il 6% del patrimonio. Tale strutturazione dell'imposta sembra fosse finalizzata a scoraggiare possibili forme di evasione in quanto eliminava l'interesse del contribuente a falsare l'equilibrio di bilancio, spostando capitali a reddito e viceversa. Ciò viene affermato dalla giurisprudenza in cass. SSUU 1 marzo 1971 nn 510 e 514; sentenza che è stata oggetto di molte discussioni in dottrina.

²⁷³ Sul punto si contrapponevano due tesi. La tesi di Einaudi (sostenuta anche da Berliri), per cui si possono tassare solo le persone fisiche e le società devono considerarsi meri esattori per conto del fisco delle imposte dovute dai veri contribuenti, ossia tutti coloro che a vario titolo gravitano intorno alla società (soci, obbligazionisti, amministratori, impiegati, operai e in generale coloro che ricevono reddito in modo permanente dalla società). La funzione di esazione della società comporta molti vantaggi: riduzione dei tempi di incasso per lo stato; riduzione dei costi di riscossione; certezza della riscossione. Comporta però due svantaggi: il soggetto passivo d'imposta non prova dolore e pensa di non pagare le imposte; la società potrebbe da contribuente in conto altrui passare a contribuente in conto proprio, con il rischio di addivenire ad una doppia tassazione dello stesso reddito. Inoltre, la società avrebbe un compito distributivo nella ripartizione del reddito prodotto, destinato in parte ai portatori di interessi nei suoi confronti e in parte al fisco cui viene imputato per loro conto. Insomma la società produce un reddito che appartiene ad altri soggetti e non alla società stessa, per tale ragione nei confronti del fisco dovrebbe essere tutto trasparente. Cfr. Einaudi L., Corso di scienza delle finanze, Torino, 1914 e Berliri L.V., nota a Comm.cent.rimp.dir., SSUU, decisione 22 novembre 1939, n. 19741, in Giur.imp., 1940, 495 ss. La tesi di Griziotti (scuola pavese), secondo cui, invece, le società commerciali hanno una propria forza economica maggiore di quella espressa dalla semplice somma delle singole forze economiche dei singoli

sulla ricchezza che con tale imposta doveva essere colpita (presupposto oggettivo)²⁷⁴ ma anche sugli effetti di doppia imposizione economica²⁷⁵.

che vi prendono parte; inoltre, la società dovrebbe essere colpita con un'imposta reale, ossia un'imposta che colpisce le cose, i singoli cespiti produttivi. Le imposte personali sono inidonee a gravare sugli enti intermedi, se così fosse la società sarebbe un intermediario, come dice Einaudi, che riscuote tasse gravanti sugli individui che la costituiscono. Infine un'imposta sulle società è giustificata dalla loro potenza economica ed avrebbe lo scopo di limitarla. Cfr. Griziotti B., *Lezioni di scienza delle finanze*, Padova, 1923. Risulta ormai unanimemente riconosciuto che l'individuazione di un'autonoma capacità contributiva in capo agli enti societari si deve alla scuola pavese. Il tema venne approfondito da Vanoni E. (in *L'imposta personale sul reddito e gli utili di società non distribuiti*, in Studi Masci, Torino, 1943), il quale sostenne che l'esigenza fondamentale per ammettersi la tassazione è che una ricchezza nuova si sia aggiunta ad un fondo preesistente in modo certo e stabile.

²⁷⁴ Negli USA Seligman (in *I dividendi in azioni costituiscono reddito?*, in Nuova collana di economisti, vol. IX, Torino, 1934, I, p. 217 ss – traduzione di Borgatta e D'Albero), partendo dalla convinzione che la persona giuridica non può considerarsi soggetta al prelievo se non per tributi a carattere oggettivo (quindi non ad imposta personale) e che l'impresa sociale altro non è che uno strumento per la più conveniente produzione della ricchezza, i cui profitti appartengono ai soci, poneva l'accento sulla destinazione degli stessi, ai fini della configurazione della separazione e realizzazione. Per Seligman solo la distribuzione del dividendo determina in capo al socio reddito tassabile perché ottenuto, appunto, per effetto della separazione del profitto dalla sua fonte e per la sua realizzazione in capo all'investitore. Nei casi di destinazione degli utili prodotti ad aumento di capitale (e conseguente distribuzione gratuita di azioni) o a riserva non si ha alcuna separazione e realizzo in capo al socio. L'incremento del capitale rappresenta un reddito meramente potenziale e quindi intassabile. Lo stesso sosteneva Griziotti in Italia (in *Le imposte sugli incrementi di valore nei capitali e sulle rendite nei redditi*, in *Giornale degli economisti*, 1910, 99 ss) che parlava della necessità di un consolidamento della ricchezza, incrementatasi per effetto della destinazione degli utili a riserva, attraverso la sua vendita. Solo in quel momento l'incremento di ricchezza diventa stabile. Prima del realizzo, un prelievo avrebbe potuto ammettersi solo sul differenziale che si presentasse in concreto e fosse riconducibile, con rapporto di causa ad effetto, agli incrementi di valore. Vanoni E. (in *L'imposta personale sul reddito*, op. cit. p. 465), invece, riteneva che il consolidamento della ricchezza non passasse per la vendita ma che bastasse che una nuova ricchezza si fosse aggiunta al fondo preesistente in modo certo e stabile: realizzo e separazione importano sempre certezza e stabilità, ma certezza e stabilità possono aversi comunque senza dover presupporre la separazione e realizzazione. Vanoni, diversamente da Seligman, sosteneva l'idea che la società è un ente distinto dai soci, e dotato di una potenza economica superiore alla somma algebrica delle forze apportate dai soci; e questa personalità esiste nel mondo economico prima ancora che giuridico. L'Autore evidenziava l'antinomia tra la finzione giuridica della separazione solo formale dei soci dalla società e la realtà economica che considera la società come soggetto a se stante ed effettivamente separato dai soci.

²⁷⁵ Gli studiosi americani di scienza delle finanze approfondirono: 1. l'effetto di minori investimenti che le società avrebbero potuto effettuare a causa della più contenuta disponibilità di riserve che si sarebbero generate quante volte l'imposta avesse gravato anche sugli utili non distribuiti; 2. Il disincentivo agli investimenti in capitale di rischio da parte del mercato determinato dal decremento della remunerazione del capitale; 3. il disincentivo alla produzione provocata dalla sussistenza di un ulteriore fattore di costo; 4. spostamento degli impieghi di capitale verso investimenti più sicuri a parità di remunerazione. Inoltre, venne studiato se tale forma di prelievo potesse considerarsi un'imposta sul reddito, oppure se essa potesse essere traslata in avanti operando come un'imposta sul consumo. Nel primo caso, avrebbe gravato sui profitti, riducendo la remunerazione del capitale (per gli azionisti) e le disponibilità finanziarie per la società per nuovi investimenti. Nel secondo caso, l'onere impositivo si sarebbe riversato sul consumo senza avere effetti disincentivanti. Oggetto di studio furono anche le forme tecniche di tassazione della società. Tra queste spiccano quelle aventi ad oggetto il prelievo commisurato a: 1. l'intero reddito netto prodotto; 2. reddito accantonato; 3. reddito distribuito; 4. patrimonio; 5. reddito netto eccedente un dato saggio di redditività. Tutti questi sistemi mettevano in evidenza: 1. il problema della distribuzione dell'imposta tra le varie componenti che influiscono sull'economica; 2. il problema della doppia imposizione degli utili, o meglio della distribuzione del carico fiscale tra società e soci; 3. il problema del rapporto tra prelievo proporzionale gravante sulla società e prelievo progressivo gravante sui soci. La forma tecnica di imposizione più studiata fu quella commisurata all'intero reddito netto della società,

senza distinzione tra la parte degli utili distribuiti e quella mandata a riserva. Si contrapponevano la tesi di chi riteneva il fenomeno della doppia imposizione solo apparente e quanti, invece, riconoscevano allo stesso una portata di carattere sostanziale. L'imposizione societaria sull'intero reddito prodotto dava vita a tre principali conseguenze: 1. la duplicazione dell'imposta sul reddito distribuito, nel senso che dati due soggetti titolari rispettivamente di un reddito rappresentato in via esclusiva da dividendi e di un reddito quantitativamente identico ma non comprendente dividendi, il secondo avrebbe scontato solo l'imposta personale mentre il primo avrebbe dovuto sopportare un prelievo ulteriore. Da osservare che nell'ottica degli scienziati delle finanze non si guarda al numero di volte in cui l'imposta è prelevata in capo alla società prima e in capo al socio dopo, bensì alla quantificazione complessiva dell'imposta gravante sulla ricchezza, al fine di verificare se la forma di tassazione adottata risulti o meno neutrale rispetto alle varie modalità di impiego del capitale; 2. l'accentuazione della progressività dell'imposizione sull'utile distribuito; 3. la sottrazione alla progressività degli utili imputati a riserva. Questo approccio, di matrice eminentemente economica, era diretto a mettere in evidenza i livelli massimi cui il complessivo prelievo poteva spingersi senza incidere sugli altri fondamentali dell'economia. Anche oggi tra gli scienziati delle finanze non è più in discussione il fatto che le società di capitali sono entità distinte dai soci sulle quali può appuntarsi prelievo. Essi piuttosto si preoccupano di verificare in che misura siffatto prelievo venga traslato dalla società e quale sia il limite massimo di complessiva tassazione sulla società e sul socio che ogni ordinamento può tollerare senza che l'imposta determini effetti sull'economia complessiva. Allo scopo di attenuare o di annullare l'inconveniente della duplicazione d'imposta, derivante dalla tassazione sull'intero reddito prodotto dalla società, sono state proposte diverse soluzioni: 1. la parziale esclusione dei dividendi dal reddito sottoposto all'imposta personale (c.d. dividend exclusion approach); 2. il riconoscimento di un credito d'imposta pari all'ammontare dei dividendi moltiplicato per l'aliquota più bassa dell'imposta personale (c.d. dividend received credit approach). Questo sistema, però, era considerato sperequativo in quanto faceva sì che gli azionisti con reddito inferiore al minimo imponibile dell'imposta individuale non potessero beneficiare del credito d'imposta e, d'altra parte, poteva dar luogo ad un salto d'imposta, perché i soggetti gravati dal tributo personale non avrebbero incluso nel proprio imponibile la parte già prelevata dall'imposta societaria, con la conseguenza che per l'operare del meccanismo della progressività, a livelli molto elevati di reddito, l'imposta complessiva sui profitti societari percepiti dagli azionisti sarebbe stata minore di quella gravante sulle altre categorie di reddito; 3. riconoscimento alla società di un alleggerimento dell'imposta in proporzione ai dividendi distribuiti (dividend paid credit approach), con l'effetto di eliminare la doppia imposizione sull'utile distribuito, determinando peraltro una sperequazione tra utile distribuito e utile mandato a riserva; 4. considerare parte dell'imposta assolta dalla società alla stregua di un acconto sull'imposta personale gravante sugli azionisti (c.d. withholding approach); dopo la riscossione dei dividendi gli azionisti avrebbero potuto includere nel proprio imponibile i dividendi al lordo dell'imposta assolta dalla società, beneficiando al contempo di una riduzione del tributo personale pari alla quota parte dell'importo corrisposto dalla società a titolo d'imposta. Si tratta del cosiddetto sistema inglese. Per quanto riguarda, invece, il problema della sottrazione alla progressività degli utili non distribuiti, gli studiosi americani osservavano che, non potendo la vita di una società essere perpetua, il reddito accantonato in un certo periodo prima o poi sarebbe finito con l'essere distribuito e, quindi, sottoposto alla tassazione progressiva. Tuttavia, la questione è stata affrontata fin dall'origine, in quanto l'utile mandato a riserva è stato visto come un sistema atto quantomeno a ritardare il prelievo. D'altra parte, si considerava che se si fosse inteso sottrarre i redditi da risparmio ad una duplice imposizione, sarebbe venuta meno l'esigenza di tassare gli utili mandati a riserva, essendo questi, evidentemente, una forma di reddito risparmiato. Ai fini della tassazione progressiva degli utili non distribuiti, gli approcci progettati furono diversi. Una prima soluzione (partnership approach) prevedeva di sommare i redditi percepiti da ciascun azionista con la quota parte degli utili accantonati ogni anno. Naturalmente questo sistema presentava notevoli difficoltà applicative, soprattutto con riguardo alle società a diffusa base proprietaria, tanto più nel caso in cui si inserissero parecchie holdings fra la società produttiva e l'azionista. Inoltre, fondi assegnati alle azioni ordinarie avrebbero potuto, più tardi, essere distribuiti alle azioni privilegiate. Altri inconvenienti avrebbero potuto derivare da una eventuale verifica fiscale che avesse accertato un maggior reddito in capo alla società qualche anno dopo la dichiarazione: in questo caso sarebbe stato necessario rettificare i redditi imponibili di tutti gli azionisti, che avrebbero potuto anche essere numerosi. Una seconda soluzione prevedeva la non tassazione degli utili accantonati in capo alla società e l'inclusione degli stessi nel reddito imponibile dell'imposta personale degli azionisti. Però, tali somme non sarebbero state tassate subito, ogni anno, ma solo al momento del realizzo, all'atto del trasferimento del titolo per cessione, donazione o mortis causa (tassazione dell'incremento patrimoniale). D'altra parte, si rifletteva sulla

A proposito di idoneità delle società ad essere soggetti di imposta, all'epoca si parlava di idoneità del soggetto ad essere titolare di rapporti giuridici e non di dovere di contribuzione. Solo con l'evoluzione legislativa e la promulgazione della Costituzione, gli studi successivi cominciarono ad elaborare l'idea secondo cui il problema dell'individuazione dei soggetti passivi, e quindi della soggettività tributaria, deve affrontarsi dal punto di vista della titolarità del dovere di contribuzione piuttosto che dell'idoneità ad essere centro d'imputazione di situazioni giuridiche.

Inoltre, in un sistema come il nostro fondato su tributi a carattere reale e, quindi, caratterizzato dalla frammentarietà del prelievo, che colpiva i singoli redditi a seconda della loro natura (terreni, fabbricati, redditi agrari, ricchezza mobile) e con aliquote proporzionali, il problema della tassazione della società si manifestò in modo meno preoccupante, rispetto ad altri Paesi che avevano già adottato un sistema di imposizione personale e progressivo, in quanto il prelievo colpiva la ricchezza laddove si era prodotta e quindi anche in capo alla società, se questa ne risultava titolare. In tale contesto, l'esigenza di una forma particolare di prelievo sulle società si presentò sotto altri profili: maggiore capacità contributiva di tali enti rispetto alle persone fisiche (secondo alcuni); qualificazione del reddito prodotto dalla società come reddito di puro capitale in luogo di reddito misto di capitale e lavoro (allo scopo di gravarlo di un prelievo maggiore in forza del principio di discriminazione qualitativa); esistenza di un vantaggio competitivo dei grandi enti societari nel reperimento di risorse finanziarie.

circostanza che l'accumulo di utili avrebbe potuto provocare per l'azionista, al momento del realizzo della partecipazione, il pagamento di un'imposta, sull'incremento patrimoniale complessivo, maggiore di quella che avrebbe pagato se avesse ricevuto la stessa somma distribuita lungo l'intero periodo della sua formazione. Inoltre, la tassazione degli utili accantonati, rinviata al momento del realizzo della partecipazione, sarebbe potuta non avvenire mai qualora essi fossero stati utilizzati a copertura di perdite. Su queste basi si ritenne che gli utili mandati a riserva dovessero essere subito sottoposti a tassazione in capo all'azionista. Tuttavia, questo sistema venne sempre rifiutato perché si riteneva che: 1. da un punto di vista economico, il reinvestimento degli utili non necessariamente si traducesse in un incremento di valore della partecipazione, essendo, specie nel breve periodo, soggetto alle fluttuazioni dei corsi economici; 2. da una prospettiva sistematica di studio, il problema della tassazione degli utili non distribuiti sembrava appartenere alla questione della tassazione degli incrementi patrimoniali e non ai rapporti tra tassazione della società e dei soci. Una terza soluzione (adottata negli USA per un breve periodo con il nome di Undistributed profits tax) prevedeva la tassazione dei soli utili mandati a riserva in capo alla società – lasciando esenti quelli distribuiti -, allo scopo di limitarne l'accumulo. Questo sistema era speculare al dividends paid credit approach, teorizzato per coordinare la tassazione della società e dei soci (il quale prevedeva un alleggerimento dell'imposta sulla società in proporzione ai dividendi distribuiti).

Ulteriori e diverse problematiche sopravvennero quando si decise l'introduzione dell'imposta personale e progressiva, essendo quest'ultima una forma di prelievo necessariamente correlata all'imposizione sulla società.

In particolare, ci si preoccupava di trovare soluzioni che arginassero il fenomeno dell'evasione dall'imposta personale e progressiva attraverso l'intermediazione degli organismi societari, studiando soluzioni come: il partnership approach, che considera le società come entità trasparenti²⁷⁶; l'introduzione di una particolare forma di prelievo sugli utili accantonati a riserva²⁷⁷.

Poi c'era il problema della doppia imposizione economica degli utili societari.

Sebbene si considerassero le società soggetti dotati, dal punto di vista sia giuridico sia economico, di autonoma capacità di contribuzione, raramente, in tutti gli stati industriali, si è avuta la loro completa equiparazione alle persone fisiche. Sono state, invece, introdotte forme particolari di prelievo sulle società, aventi una loro autonoma disciplina e in grado di coesistere con l'imposta personale. Sono state, poi, solo ragioni di opportunità a spingere verso l'introduzione di forme di attenuazione della tassazione complessiva, affinché, sotto il profilo squisitamente economico, la medesima ricchezza non venisse sottoposta ad un prelievo eccessivamente gravoso.

Da qui deriva l'elaborazione di metodologie diverse per raggiungere questo obiettivo:

1. ripartizione del reddito tassabile tra società e azionisti, mediante un prelievo solo su una parte del reddito prodotto in capo alla società ed un prelievo pieno e progressivo sul dividendo assegnato al socio (ad esempio, nella Germania preconfitto mondiale);
2. tassazione dell'intero reddito prodotto in capo alla società e rinuncia all'imposizione sui dividendi (ad esempio, in Italia la legge 9 febbraio 1942, n.96 dispose l'esclusione dei dividendi dalla complementare);
3. imposta speciale e reale sulle società ed integrale tassazione dei dividendi.

²⁷⁶ Metodo adottato in Inghilterra che, all'indomani della introduzione della Surtax (imposta progressiva), prevedeva, per le società a ristretta base azionaria che omettevano di distribuire, per un ragionevole periodo di tempo, una parte notevole del loro utile, che il loro reddito fosse considerato come reddito dei soci, ai fini della surtax, e la società responsabile per il relativo pagamento.

²⁷⁷ Come avvenne negli USA, dove il prelievo particolare si applicò a quelle società formate o utilizzate allo scopo di sottrarre materia imponibile all'imposta personale sui soci attraverso cospicui accantonamenti a riserva, e addossando al contribuente la prova contraria.

Quest'ultimo era ed è oggi il sistema più diffuso: esso postula non solo l'autonoma capacità contributiva delle società ma anche la diversità della fonte di scaturigine del reddito: la prima, data dalla combinazione dei mezzi di produzione (capitale e lavoro) ed imputabile all'impresa; la seconda, facente capo alle persone fisiche e derivante dall'investimento di capitale.

In questa prospettiva, la società, giuridicamente, non viene più concepita come una modalità di organizzazione dell'impresa collettiva creata dai soci al fine di realizzare in comune l'attività imprenditoriale, bensì come autonoma realtà auto referenziata. In tal modo rispetto al socio si profila non l'esercizio di un'attività d'impresa ma un vero e proprio atto d'investimento, ovvero l'attribuzione ad un terzo di un determinato capitale, che lo amministra e lo gestisce distribuendo un certo reddito all'investitore.

Si fa strada anche la differenziazione tra piccola società e grande società. In quest'ultima si assiste alla progressiva separazione tra proprietà e controllo e direzione dell'impresa, di modo che il conferimento non è più un momento centrale nella vita dell'impresa collettiva ma un semplice atto di investimento.

Da qui, sotto il profilo tributario, il diversificarsi dell'imposizione a seconda della realtà fattuale dell'impresa: in quella di piccole dimensioni, dai tratti essenzialmente personalistici, caratterizzata dalla partecipazione attiva del socio alla vita dell'impresa, la fonte di scaturigine del reddito si considera unica; in quelle di grandi dimensioni la netta separazione tra atto d'investimento e attività d'impresa determina il formarsi di una duplice ed autonoma fonte di produzione del reddito.

In Italia la riforma degli anni '70²⁷⁸ diede vita a tre imposte: IRPEF, IRPEG e ILOR.

Le prime due si definivano come imposte personali in quanto aventi la funzione di colpire la *redditività complessiva* del soggetto cui si riferivano (nella determinazione del reddito complessivo imponibile, infatti, entravano anche elementi riferibili alla persona). Questa impostazione appariva coerente con quell'orientamento dottrinale che considerava la capacità contributiva come una *forza economica complessiva* che va valutata alla luce delle esigenze economiche e sociali espresse nella Costituzione²⁷⁹.

²⁷⁸ Legge delega 9 ottobre 1971, n. 825.

²⁷⁹ Manzoni I., Il principio di capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano, Torino 1965; Giardina E., Le basi teoriche del principio di capacità contributiva, Milano 1961; Moschetti F., Il principio di capacità contributiva, Padova 1973.

Concretamente ciò significava fare riferimento a tutti gli *indici* di tale capacità contributiva, al fine di pervenire ad un sistema impositivo armonico, privo di lacune. Si indicavano come tali il reddito complessivo, il patrimonio complessivo, la spesa complessiva, gli incrementi di valore del patrimonio. Alcuni Autori ricomprendevano nel reddito complessivo anche gli accrescimenti di valore del patrimonio che sono previsti dall'individuo e dovuti in qualche modo agli sforzi da lui fatti, alla sua intelligenza, ai rischi da lui sopportati, al capitale investito (Giardina, Falsitta).

La considerazione complessiva degli indici di capacità contributiva appartenenti alla medesima classe (reddito complessivo, patrimonio netto ecc.) rappresenta una caratteristica dalla quale è possibile evincere la natura personale del tributo²⁸⁰.

L'ILOR, invece, si poneva come imposta reale, aggiuntiva, diretta a realizzare la discriminazione qualitativa dei redditi, attraverso un prelievo ulteriore sui singoli redditi se di fonte patrimoniale.

È stato affermato²⁸¹ che la riforma degli anni '70 ha provocato un capovolgimento del ruolo delle imposte dirette rispetto al sistema precedente. Prima, infatti, le imposte di base erano reali e dirette a realizzare la discriminazione qualitativa dei redditi mediante differenti aliquote in ragione della fonte di scaturigine. Ad esse si affiancava un'imposta complementare, personale e progressiva, avente la funzione di garantire la discriminazione quantitativa dei redditi. Nel sistema post riforma il ruolo di imposta di base era stato assunto da un'imposta personale e progressiva, avente la funzione di garantire la discriminazione quantitativa del reddito. Ad essa si aggiungeva (mediante il meccanismo della sovrapposizione di imposta) un'imposta complementare (l'ILOR) diretta ad assicurare la discriminazione qualitativa dei redditi (per tale ragione essa fu dichiarata illegittima nella parte in cui sottoponeva a tassazione i redditi di lavoro autonomo, sent. Corte cost. 26/3/1980, n. 42).

Il nuovo sistema di imposizione personale scaturito dalla riforma del '70, inoltre, si fondava (e si fonda) su un meccanismo assolutamente oggettivo di rilevazione del presupposto d'imposta e dell'imponibile, che prescindeva da qualsiasi considerazione

²⁸⁰ Cfr. Fedele A., Imposte reali ed imposte personali nel sistema tributario italiano, in Riv.dir.fin, 2002, I, 472.

²⁸¹ Amato A., Il nostro sistema tributario dopo la riforma, Padova, 1973.

personalistica: si guardava alle varie fonti di produzione del reddito e solo nella fase finale si teneva conto dei profili che personalizzano la misura del prelievo²⁸².

Il sistema delle imposte delineato negli anni '70 si è posto in rapporto di diretta dipendenza teorico-dogmatica rispetto alle previgenti imposte reali e, segnatamente, alle tre imposte fondiari (imposta sul reddito dei terreni, imposta sul reddito agrario, imposta sul reddito dei fabbricati). Queste ultime, trasposte nel nuovo sistema, hanno dato origine alla categoria dei redditi fondiari, e la determinazione dell'imponibile, secondo criteri catastali, è stata interamente ripresa dalla normativa che disciplinava le anzidette imposte. In tal modo, il sistema cedolare, che prima operava a livello di tutta l'imposta, risultava ora circoscritto alla rilevazione dell'imponibile.

La conseguenza di questa impostazione è stata che il punto centrale dell'intera vicenda impositiva è diventato la fonte di scaturigine del reddito. In tal modo, la normativa riguardante l'IRPEF, e in particolare le categorie reddituali in essa enucleate, è diventata il punto di riferimento di tutto il sistema impositivo, a prescindere dalla sua riferibilità soggettiva. Occorre fare, pertanto, riferimento alla disciplina di tali categorie reddituali per determinare l'imponibile IRPEG²⁸³.

Un sistema come quello delineato negli anni '70 ha avuto l'effetto, da un lato, di mantenere su un livello di realtà la rilevazione dell'imponibile e, dall'altro, di consentire la personalizzazione del reddito complessivo. Sotto il primo profilo, infatti, attraverso la parcellizzazione del sistema di rilevazione, è stato possibile attrarre a tassazione una molteplicità di incrementi di ricchezza anche non necessariamente riconducibili al concetto unitario di "attività". Sotto il secondo profilo, il riservare la personalizzazione del prelievo alla fase successiva di determinazione del reddito complessivo, può dirsi una scelta del tutto coerente con gli obiettivi della riforma, non

²⁸² A tal riguardo, Einaudi già nel 1932, in *Principi di scienza delle finanze*, Torino, 1932, sosteneva che un per instaurare un discreto sistema di tassazione personale occorreva partire da un buon sistema di imposizione reale, di modo che tutti i redditi oggettivi, già accertati singolarmente, venissero a far capo ad un solo nome. Lo stesso Meda, nella sua relazione presentata alla Camera nel 1919, sosteneva che un'imposta complementare personale perequata doveva fondarsi sulle stesse basi di accertamento su cui erano fondate le allora vigenti imposte (come quella di RM), ma tali basi dovevano essere riformulate in modo da addivenire alla determinazione dei redditi reali ed attuali, al fine di consentire un'equa ripartizione dell'imposta.

²⁸³ Secondo alcuni, la centralità dell'IRPEF sarebbe divenuta maggior in un'epoca successiva a quella della sua introduzione e cioè quando con la legge Pandolfi, del 16 dicembre 1977, n. 904, è stato introdotto il credito d'imposta sui dividendi, il quale avrebbe introdotto un meccanismo di vera e propria trasparenza fiscale per i soggetti IRPEG. Cfr. Castaldi L., *I rapporti economico patrimoniali tra associati e associazioni nella disciplina delle imposte dirette e dell'IVA*, in AAVV, *Il regime fiscale delle associazioni*, a cura di A. Fedele, Padova, 1998.

avendo questo aspetto alcuna attinenza con le singole fonti di produzione della ricchezza e riferendosi lo stesso a circostanze che attengono alla persona in quanto tale. Per quanto riguarda l'IRPEG, la dottrina prevalente ha ritenuto questa imposta come secondaria rispetto all'IRPEF. Ciò muovendo dalle seguenti considerazioni:

1. la riforma degli anni '70 ha inteso rimodellare il sistema tributario in senso personalistico attribuendo al soggetto passivo in generale, ed in particolare alla persona fisica, un ruolo centrale. Da qui l'esigenza di individuare esattamente il soggetto passivo dell'imposizione sul quale verificare l'esistenza della capacità contributiva. Venendosi, poi, ad affermare nel nostro ordinamento giuridico centri di produzione ed imputazione di fattispecie di diritto non riconducibili al singolo individuo, nasceva l'esigenza di estendere la soggettività tributaria oltre i confini della persona fisica. Ed infatti, la tassazione di tali centri è stata condizionata al duplice parametro della non appartenenza dell'ente ad altri, e quindi della sua configurazione come centro autonomo di produzione/imputazione di fattispecie ed effetti di diritto comune, e del correlativo verificarsi in modo autonomo ed unitario del presupposto di imposta nei suoi confronti. Da qui deriverebbe la differenziazione del regime di tassazione delle società di capitali e degli enti commerciali da quello degli enti non commerciali. I primi, infatti, sarebbero soggetti intermedi funzionalmente deputati al trasferimento della ricchezza prodotta ad altri soggetti (che ad essi a vario titolo partecipano). I secondi, invece, acquisirebbero la ricchezza in modo definitivo e la destinerebbero allo svolgimento della loro attività. Pertanto, si giustificerebbe nei confronti degli enti non commerciali l'adozione di una modalità di rilevazione del reddito analoga a quelle delle persone fisiche, nei cui confronti l'incremento di ricchezza tassabile assume i connotati della definitività. Per le società di capitali e gli enti commerciali il reddito viene sempre a qualificarsi come reddito di impresa, secondo i canoni dell'effettività e della onnicomprensività. Tuttavia, su quest'aspetto della tassazione incide anche l'aspetto formale, nel senso che per le società di capitali rileva appunto la forma giuridica quale indice spia della destinazione di tale struttura ad attività produttiva di reddito d'impresa, a prescindere dall'attività effettivamente esercitata. Per gli enti commerciali rileva invece l'attività svolta: ove sia

preminente quella commerciale si verifica un fenomeno di attrazione nella sfera dell'attività caratteristica anche dei redditi riconducibili a cespiti o attività estranee all'area della commercialità. Tutto ciò sarebbe da ricondursi sia alla non facile individuazione dei criteri di determinazione dell'attività commerciale, sia alla funzione propria dell'IRPEG nell'ordinamento tributario. In definitiva, secondo questa corrente di pensiero, società di capitali ed enti commerciali sono da considerarsi soggetti intermedi che pur dotati di autonoma capacità contributiva sono da considerarsi comunque come veicoli per produrre ricchezza da riversare su coloro che ne integrano il sostrato personale, talchè la tassazione di questa ricchezza in capo a tali enti al momento della sua acquisizione deve necessariamente fare i conti con la possibilità che la medesima ricchezza venga tassata in capo ai partecipanti al momento in cui viene loro trasmessa²⁸⁴;

2. l'IRPEG non appariva come imposta autonomamente disciplinata, bensì come un tributo dipendente sotto molteplici aspetti dall'IRPEF. Basti pensare che per l'individuazione della disciplina del reddito d'impresa occorre fare riferimento alla categoria reddituale disciplinata nell'ambito dell'irpef (vedi art. 95 vecchio TUIR). Qui, infatti, si concentravano le fonti generative di reddito tassabile: le categorie.

Da osservare che benché la riforma degli anni 70 fosse rivolta a realizzare la personalizzazione del prelievo, erano evidenti gli elementi di realtà del sistema.

Oltre ad essere rimasto in vita il modello parcellizzato del sistema precedente, è risultata fortemente limitata la possibilità di compensare la perdite sia in verticale che in orizzontale.

In un sistema puramente personale dovrebbe essere consentita la somma algebrica del risultato negativo, verificatosi in una determinata categoria reddituale, con quelli positivi delle altre (riporto orizzontale in uno stesso periodo d'imposta). Ciò sarebbe una necessaria conseguenza logica delle imposte sul reddito. Inoltre, ove tale somma risultasse negativa, dovrebbe essere consentito il riporto in avanti (riporto verticale). Ciò per la natura del tutto convenzionale dei periodi d'imposta.

²⁸⁴ Cfr. Fantozzi A., Lupi R., La società per azioni nella disciplina tributaria, in AAVV, Trattato delle società per azioni, diretto da Colombo G.E., Portale G.B., Torino, 1993.

Invece il legislatore ha sempre posto molti ostacoli al riporto sia in senso orizzontale che in senso verticale, determinando un ostacolo alla compiuta realizzazione del sistema del prelievo sul reddito incentrato sulla persona.

Il problema della tassazione del reddito della società e dei soci non si pone in un ordinamento basato principalmente su imposte di tipo reale-cedolare: in tali contesti la ricchezza sarebbe tassata alla fonte di scaturigine e risulterebbe, quindi, indifferente che il reddito venga colpito presso la società o presso il socio. Ne deriva che in un sistema fondato su imposizione di tipo personale è del tutto coerente l'esistenza di un prelievo gravante sulla società e di un'autonoma tassazione di quanto distribuito ai soci; con la conseguenza che ogni forma di attenuazione del complessivo peso fiscale facente capo ai soci e alla società rappresenta un elemento di realtà che attenua la personalità del prelievo²⁸⁵.

Tuttavia, la dottrina ha molto discusso sulla autonoma tassabilità delle società. La riflessione ha condotto a ragionare, da un lato, sul tema della personalità giuridica riconosciuta a tali soggetti dall'ordinamento e, dall'altro, su quello dell'autonoma capacità di contribuzione di tali soggetti.

Su queste considerazioni di carattere giuridico si sono inserite altre di carattere economico e politico. Sicchè sono state affrontate le tematiche dell'impatto della tassazione delle società sull'economia sia a livello macro sia a livello micro e in particolare sullo spostamento (traslazione) del tributo in avanti (sui consumatori) o indietro (sugli investitori).

La soggettività giuridica delle società è risultata depotenziata ove si è fatto riferimento alla società come modulo di organizzazione dell'impresa collettiva al quale tutti i soci partecipano con la volontà di concorrere alla realizzazione di un obiettivo comune (l'art. 2247 definisce il contratto di società come quello con cui due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili).

In tal modo l'accento è stato spostato sull'unicità flusso di ricchezza prodotto dalla società e poi distribuito ai soci, di modo che solo in capo a questi ultimi poteva appuntarsi il prelievo di carattere personale.

²⁸⁵ Fantozzi A., Lupi R., op. cit. p. 8.

E in effetti, laddove la separazione patrimoniale tra la società e i soci non assume i connotati della personalità giuridica, è sembrato naturale adottare un sistema di tassazione del tipo partnership approach (tassazione per trasparenza), nel presupposto che la società si risolva in uno strumento dell'attività dei soci. Ed anche rispetto alle società di capitali, la concezione di una sostanziale irrilevanza dell'ente, ha condotto alla conclusione che il prelievo IRPEG associato al credito di imposta sui dividendi sia un metodo simmetrico a quello della tassazione per trasparenza²⁸⁶.

La riflessione cambia se si fa riferimento alla capacità contributiva delle società piuttosto che all'idoneità ad essere centri di imputazione di situazioni giuridiche.

Frasoni G.²⁸⁷ rileva che il problema dell'identificazione dei soggetti passivi deve essere affrontato dal punto di vista della titolarità del dovere di contribuzione piuttosto che all'idoneità ad essere centri di imputazione di situazioni giuridiche. Rileva Castaldi L.²⁸⁸ che non sussiste capacità contributiva in capo all'ente intermedio quante volte lo stesso non risulti essere il destinatario definitivo della ricchezza, onde l'autonomia del prelievo gravante su detto ente si verificherà solo in presenza di siffatte condizioni. Anche Padovani F.²⁸⁹ è d'accordo con la dottrina maggioritaria sul fatto che la soggettività tributaria derivi dall'individuazione della capacità contributiva ex art. 53 Cost.

La soggettività passiva d'imposta può essere attribuita solo a colui al quale è imputabile la manifestazione di forza economica assunta a presupposto dell'imposta. Pertanto le società di capitali sarebbero soggetti passivi d'imposta non in ragione della personalità giuridica bensì per essere le stesse titolari di un determinato rapporto giuridico con la fonte del reddito, tale da consentire a tali entità di inglobare nella propria sfera giuridica gli incrementi di ricchezza sui quali si appunta il prelievo (vedere in tal senso anche Griziotti²⁹⁰).

²⁸⁶ Boria P., *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, Milano, 1996. Si osserva che il reddito imputato al socio per trasparenza è qualificato come reddito di impresa (art. 6, comma 3). Secondo Frasoni G. si tratta di una qualificazione oggettiva, nel senso che si tratta di reddito proveniente dalla fonte impresa. Secondo Miccinesi M., invece, la qualificazione sarebbe soggettiva, cioè deriverebbe dal fatto che si tratta di reddito prodotto da società commerciali predisposte proprio allo svolgimento di attività di impresa. Cfr. Frasoni G., *La disciplina del trust nelle imposte dirette*, in *Riv.dir.trib.*, 2007, I, 262, nota 62; Miccinesi M., *I tributi diretti erariali*, in Russo P., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1994, p. 553.

²⁸⁷ Frasoni G., *La territorialità nel diritto tributario*, op. cit., p. 259.

²⁸⁸ Cfr. Castaldi L., *Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi*, Torino, 1999, p. 170.

²⁸⁹ Padovani F., *Investimenti in società di capitali*, op. cit., p. 196 ss.

²⁹⁰ Griziotti B., *Primi elementi di scienza delle finanze*, Milano, 1946.

Inoltre, per tali soggetti entrerebbe in gioco anche il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.; quest'ultimo dovrebbe prevalere sull'art. 53 altrimenti, con l'autonoma tassazione degli utili societari, si avrebbe disuguaglianza tra il prelievo sugli imprenditori individuali e quelli entificati. Il rispetto di tale principio sarebbe alla base della necessità di sterilizzare il prelievo sulle società per trasferirlo sulle sole persone fisiche²⁹¹.

Per Padovani F., comunque, il ragionamento giuridico è stato sviato dalle considerazioni di carattere economico, giungendo a far ritenere che, seppur il presupposto si manifesta in modo autonomo nei confronti degli enti intermedi, l'incremento di ricchezza non può dirsi stabilmente acquisito in capo a tali entità, nella misura in cui la distribuiscono ai soci. Si verrebbe così a determinare una doppia imposizione economica. Non si verificherebbe la doppia imposizione giuridica ex art. 60 del dpr n. 600/1973 (secondo il quale questa si verifica quando, in dipendenza dello stesso presupposto, viene applicata più volte la stessa imposta oppure imposte tra loro alternative). Infatti, i soggetti restano distinti e la ricchezza assume un titolo differente (reddito di impresa in capo alla società, reddito di capitale in capo al socio).

I sistemi per ridurre l'effetto di doppia imposizione economica²⁹² possono apparire come strutturali al tributo nel momento in cui si ritiene che il sistema si fondi su un

²⁹¹ Cfr. Zizzo G., voce Reddito delle persone giuridiche (imposta sul), in Dig.disc.priv., Sez.comm-, XII, Torino, 1996, p. 218.

²⁹² Un primo metodo, che sembra salvaguardare l'integrità concettuale del sistema, in quanto non nega l'esistenza di una duplice capacità contributiva e neppure tende a sterilizzare implicitamente il prelievo sulla società, è quello di consentire la deduzione dei dividendi. Esso costituirebbe altresì uno stimolo per la società a distribuire utili e determinerebbe la parità di trattamento tra capitale di rischio e capitale di debito. Un secondo metodo è detto del doppio tasso. E' stato suggerito in ambito europeo nel rapporto Neumark dove si legge: per quanto riguarda la determinazione delle aliquote, essa dovrebbe essere uniforme in tutti gli stati membri. In particolare, sebbene considerazioni teoriche suggeriscano l'applicazione di un'unica aliquota per l'utile totale (senza tener conto del tipo del suo impiego), si propone di differenziare, per ragioni pratiche, le imposte in modo che le quote di utili destinate all'autofinanziamento vengano tassate in misura superiore a quelle distribuite. Terzo metodo è quello di tassare i redditi direttamente in capo ai partecipanti al momento della distribuzione. Quarto metodo è quello dell'esenzione dei dividendi. Si tratta di un sistema di tipo reale, nel quale prevale la considerazione delle fonti di reddito nella loro oggettività. E' un sistema però inadeguato in un sistema misto di imposizione, ossia basato tanto su imposte personali che su imposte reali, in seno al quale può non esservi coincidenza tra l'aliquota gravante sulle persone fisiche e quella gravante sulle società, talchè l'esenzione potrebbe avvantaggiare le persone fisiche. Un altro metodo è quello della trasparenza (sul punto si veda Antonini E., Le società a base personale: trasparenza fiscale del reddito, in Incontri con il Banco di Roma: il reddito d'impresa, Milano 1974). A causa dell'operare dell'art. 53 Cost. e dell'impossibilità di superare lo schermo della personalità giuridica, questo metodo sarebbe applicabile solo in presenza di nuclei di norme statuenti la separazione dei patrimoni e delle procedure di formazione della volontà in base alle quali non può dirsi esistente una capacità contributiva influenzata dall'utile sociale, quando di questo ciascun socio non possa disporre singolarmente. Un ultimo metodo è quello del

modello impositivo di carattere personale in cui la soggettività tributaria passiva si appunta esclusivamente in capo al socio.

Se, invece, la società non è considerata soltanto ente intermedio meramente strumentale all'esercizio collettivo dell'attività d'impresa, ma assume la veste di soggetto effettivamente autonomo dalle persone dei soci (non solo da un punto di vista giuridico ma anche economico-sostanziale), allora i criteri per la riduzione od eliminazione della doppia imposizione vengono ad assumere la funzione di vere e proprie forme di attenuazione del prelievo complessivo sui dividendi societari, tese a non scoraggiare l'investimento in partecipazioni sociali rispetto ad altre forme di impiego del capitale²⁹³. In tal modo, anche l'imposta sul reddito delle società viene ad assumere un ruolo autonomo rispetto all'imposta che colpisce il reddito del socio.

In Italia la riforma degli anni '70 aveva inizialmente accolto il metodo classico puro e semplice (tassazione distinta delle società e dei soci), sebbene in seno alla Commissione per lo studio della riforma tributaria già si parlasse di credito d'imposta.

I relatori di minoranza sostenevano la tesi che l'eliminazione della doppia imposizione economica avrebbe condotto di fatto al disconoscimento delle ragioni che avevano portato all'istituzione dell'imposta sulle società, ossia, il fatto di essere entità a se stanti, beneficiarie di servizi pubblici a vario titolo, capaci di assicurarsi ampi

credito d'imposta sui dividendi (metodo raccomandato dalla direttiva CEE del 23 luglio 1975), sostenuto da quella dottrina che considera l'imposizione in capo alla società una sorta di acconto del prelievo personale e progressivo gravante sul reddito complessivo del socio.

²⁹³ Questa è l'opinione di F. Padovani, *Investimenti in società di capitali e imposizione sul reddito*, 2003. In proposito l'Autore richiama la diversità delle manifestazioni di ricchezza della società e del socio, avendo il legislatore qualificato come reddito d'impresa quello imputato alla società e come reddito di capitale quello facente capo al socio, in considerazione della diversità delle fonti di scaturigine: quella afferente alla società deriva dalla titolarità di un apparato organizzativo/produttivo deputato alla produzione della novella ricchezza; quella facente capo al socio rappresenta la remunerazione del proprio investimento. Inoltre, l'Autore esalta l'indipendenza economico-sostanziale, oltrechè giuridica, della società rispetto al socio richiamando il criterio di determinazione della soggettività ai fini IRES della non appartenenza a terzi dell'ente. Infine, con riferimento al presupposto oggettivo dell'imposta, dato dal "possesso di redditi", egli evidenzia che, a differenza di un sistema impositivo di tipo reale (come quello esistente ai tempi dell'imposta sulla ricchezza mobile), in cui si fa riferimento al concetto di "produzione" del reddito, in un sistema di tipo personale la capacità contributiva si esprime in funzione del soggetto cui risulta imputata la manifestazione di ricchezza: da cui l'uso del termine possesso. Invero, il termine "possesso" è stato interpretato anche come godimento e disponibilità effettiva della ricchezza, anche quando questa disponibilità non si accompagna alla titolarità della fonte di scaturigine. Al contrario, altra tesi ritiene che sia fondamentale anche tale ultima titolarità della fonte per integrarsi il concetto di possesso, altrimenti finirebbero per essere considerati reddito anche quei meri incrementi patrimoniali che affluiscono al soggetto senza che egli sia titolare della relativa fonte. Sul punto anche Falsitta G. (Manuale di diritto tributario, op. cit.) che pone in luce il concetto di reddito tassabile come entrata netta che deriva da talune e specifiche fonti e considera la relazione causale tra fonte e reddito come condicio sine qua non della fonte rispetto al reddito, scartando la necessità di una "intenzione" o di una "previsione" dell'arricchimento.

autofinanziamenti e di controllare in modo oligopolistico il mercato, e quindi capaci di una crescita finanziaria autonoma non traducendosi in guadagni per i soci. Col credito d'imposta si sarebbe solo ottenuto di attenuare l'aliquota ai soggetti titolari di utili azionari rispetto agli altri tipi di reddito, con evidente violazione del principio di uguaglianza.

La legge delega n.825/1971 delineò un'IRPEG caratterizzata da: tassazione piena dei dividendi in capo ai soci; applicazione di un'aliquota, ridotta, del 25% in considerazione della piena tassazione dei dividendi; configurazione dell'IRPEG come imposta personale applicata sul reddito mondiale prodotto dalla società e suo affiancamento ad un'imposta reale sui soli redditi prodotti in Italia (ILOR).

Negli altri paesi europei, successivamente, venne introdotto il credito d'imposta e ciò influenzò il legislatore italiano che con la legge Pandolfi (n. 904 del 16 luglio 1977) lo introdusse sugli utili distribuiti sotto qualsiasi forma e a qualunque titolo.

Il meccanismo applicativo prevedeva che il socio doveva computare tale credito in aumento degli utili nella determinazione del reddito complessivo, e poi detrarre dall'imposta dovuta tale credito. Ove l'aliquota marginale del socio fosse stata più bassa rispetto all'IRPEG, il credito sarebbe andato a compensare il tributo eventualmente da lui dovuto, mentre, nel caso opposto il credito d'imposta dava titolo al rimborso.

E' stato osservato come alla tendenziale funzione di anticipazione svolta dall'IRPEG rispetto all'ILOR nei rapporti tra soci e società abbia contribuito tanto la previsione di deducibilità dell'ILOR dall'IRPEG, quanto il fatto che la tassazione ILOR con aliquota proporzionale sia in capo all'erogante che in capo al percipiente fosse sostanzialmente equivalente e non abbisognasse quindi di correttivi per eliminare la doppia imposizione. Infatti, il meccanismo del credito d'imposta cominciò a incrinarsi quando fu introdotta l'indeducibilità dell'ILOR²⁹⁴.

La legge 25 novembre 1983, n. 649, introdusse un correttivo (poi trasfuso nell'art. 105 vecchio TUIR) al funzionamento del credito d'imposta: la maggiorazione di conguaglio. Si trattava di un meccanismo che serviva a correggere la tassazione in tutti i quei casi in cui il socio beneficiava di un credito d'imposta su utili che non avevano subito l'IRPEG

²⁹⁴ Cfr. Carpentieri L., Ceccacci S., Dall'abrogazione della maggiorazione di conguaglio al nuovo credito di imposta sugli utili da partecipazione, in AAVV, Commento agli interventi di riforma tributaria, a cura di Miccinesi M., Padova, 1999.

per, ad esempio, redditi fiscalmente esenti, riporto di perdite, differenti criteri fiscali d'imputazione temporale delle poste attive e passive. Si avrebbe potuto scegliere tra negare ai soci il credito d'imposta in tutti i casi in cui la società distribuisse utili non prima assoggettati ad IRPEG e concedere il credito aggiungendo però un prelievo compensativo in capo alla società per ristabilire l'equivalenza tra carico fiscale della società e credito riconosciuto al socio.

Inizialmente si optò per la seconda soluzione e fu introdotta la maggiorazione di imposta a titolo di conguaglio. Questa fu poi abolita dall'art. 2, comma 1, n. 10, del dlgs n. 476/1997, a partire dall'esercizio successivo a quello in corso al 31 dicembre 1996. Furono introdotti i cosiddetti crediti d'imposta pieno (associato al canestro A, deputato ad accogliere le imposte effettivamente pagate dalla società) e limitato (associato al canestro B, deputato ad accogliere le imposte virtualmente assolte dalla società).

In definitiva, la dottrina prevalente ha considerato:

1. le società di capitali come enti intermedi meramente strumentali all'esercizio collettivo dell'attività d'impresa;
2. l'utile prodotto dalla società ed attribuito al socio sotto forma di dividendo come ricchezza unica;
3. che, in un sistema fondato su un'imposizione di tipo personale, la soggettività passiva potesse appuntarsi esclusivamente in capo al socio.

Il corollario di queste premesse è stato di considerare l'IRPEG una mera anticipazione dell'imposta dovuta dal socio sul reddito complessivo, e di ritenere indispensabile un meccanismo di compensazione che impedisse la duplicazione d'imposta.

Alla luce della riforma del diritto societario, seguita dalla riforma dell'imposizione degli utili societari, è stato ritenuto di poter superare questa tradizionale visione del rapporto tra soci e società.

La riforma fiscale del 2003 ha preso le mosse dalla volontà di creare un'imposta sul reddito delle società caratterizzata da profili di rilevante autonomia rispetto a quella sul reddito delle persone fisiche. Una tale scelta appare in linea con quella, originaria, che condusse all'adozione dell'imposta sulle società, prima, e all'IRPEG, poi, consistente

nel contrapporre ad un'imposta personale (quale doveva essere l'IRPEF) un'imposta con forti connotazioni di realtà (l'IRPEG). L'autonomia delle due imposte, peraltro, era determinata da una concezione di fondo assai diversa rispetto a quella posta a fondamento della riforma del 2003. All'epoca, infatti, la contrapposizione tra un'imposta personale ed un'imposta reale si basava sul convincimento che l'unico vero soggetto passivo cui, in definitiva, era riferibile l'indice di capacità contributiva rappresentato dal reddito fosse la persona fisica²⁹⁵. Nel corso del tempo, tuttavia, si è andata acquisendo da parte della dottrina la consapevolezza dell'impossibilità di negare a priori l'esistenza di una capacità contributiva propria dei soggetti diversi dalle persone fisiche.

La configurazione dell'IRES come imposta autonoma dall'IRPEF è stata rinvenuta, soprattutto, nella previsione di una serie di meccanismi di rilevazione e determinazione dell'imponibile assolutamente innovativi e specifici per le società²⁹⁶.

Per quanto riguarda i rapporti tra la società e i soci, nell'ottica di un prelievo maggiormente improntato a criteri di realtà, gli utili sono stati assoggettati ad un regime di tassazione tendenzialmente definitivo in capo alla società che li ha prodotti e, conseguentemente, è stato mantenuto il regime di indeducibilità degli utili distribuiti. Un tale sistema è stato ritenuto anche maggiormente rispondente alle novità apportate dalla riforma del diritto societario in tema di rapporti tra soci e società: la ricostruzione di siffatto rapporto in termini di investimento ha postulato la netta separazione tra l'investitore (il socio) e colui il quale viene chiamato ad amministrare il patrimonio affinché questo fruttifichi e produca reddito per il primo.

L'abbandono del sistema di tassazione degli utili per imputazione e del correlato credito di imposta²⁹⁷ sono stati però accompagnati da un regime impositivo dei dividendi

²⁹⁵ Cfr., Russo P., I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione dell'imponibile, in Riv.dir.trib., 2004, 3, p. 313.

²⁹⁶ In effetti, il sistema delineato dalla legge delega n. 80 del 2003 (che però è rimasto in parte inattuato) mostra la tendenza a trasformarsi da meccanismo impositivo articolato sulla base dei soggetti a meccanismo impositivo fondato sulla diversa modalità di determinazione dell'imponibile, come evidenzia l'intento di spostare gli enti non commerciali tra i soggetti IRE, più che in considerazioni di carattere antropomorfo, in ragione della analogia della loro struttura reddituale con quella delle persone fisiche. Ciò sulla scia dell'enunciazione del Libro bianco del 1994 in merito al passaggio dalla tassazione delle persone alla tassazione delle cose che, tra l'altro, avrebbe dovuto condurre a unire le sorti delle società personali a quelle di capitali e ad elaborare un regime unitario del reddito di impresa che comprendesse anche l'impresa individuale (cfr., Basilavecchia M., La nuova imposta sul reddito delle società (IRES): lineamenti generali, in AAVV Imposta sul reddito delle società (IRES), a cura di Tesaro F., Bologna, 2007. In ogni caso, la dottrina è d'accordo sul fatto che la riforma del 2004 abbia riservato piena centralità alla tassazione societaria con riferimento alle regole di determinazione del reddito d'impresa.

differenziato in ragione del soggetto percettore. Il risultato è stato di realizzare la detassazione solo per il socio-società, mentre per il socio-persona fisica (anche imprenditore) è stato previsto un prelievo aggiuntivo sui dividendi percepiti che è stato e continua a rimanere giustificato in ragione della diversità tra l'aliquota dell'IRES e quella massima dell'IRPEF²⁹⁸. Peraltro i dividendi derivanti da partecipazioni non qualificate, detenute al di fuori del regime dei beni di impresa, sono assoggettati alla ritenuta a titolo di imposta nella misura del 12,50%.

Il sistema messo a punto dalla riforma evidenzia, pertanto, che, da un punto di vista giuridico, si è, in effetti, data piena rilevanza alla separazione della società dal socio: la società paga l'imposta sul reddito da essa prodotto e il socio può a sua volta essere assoggettato ad imposizione in ragione della diversa fonte di scaturigine del reddito. Ciò confermerebbe la natura solo economica della doppia imposizione degli utili, da cui deriverebbe la piena discrezionalità in capo al legislatore nel riconoscere forme, più o meno ampie, di attenuazione del complessivo carico fiscale, fermo restando che una tassazione ulteriore del socio non sarebbe considerata giuridicamente viziata²⁹⁹. Dunque il nuovo sistema impositivo degli utili (di esenzione pressochè totale in capo ai soggetti IRES) manifesterebbe una funzione essenzialmente agevolativo / incentivante, non

²⁹⁷ Non si può tacere che l'abbandono del sistema del credito di imposta ha risposto anche all'esigenza di eliminare la disparità di trattamento in essere tra i dividendi di fonte estera (per i quali l'utilizzo del credito d'imposta risultava pressochè impossibile) e quelli di fonte domestica. Come evidenziato da Basilavecchia M., op. cit. p.15, "le scelte non derivano dunque tanto da esigenze giurido-formali, quanto da finalità ben concrete, di politica economica, abbinate a preoccupazioni per la tenuta del sistema IRPEG di fronte ad imminenti pronunzie della Corte di Giustizia ... che, probabilmente, non avrebbero consentito comunque una conservazione ulteriore dei sistemi adottati in Italia per evitare la doppia imposizione economica".

²⁹⁸ In effetti, se la riforma avesse trovato completa attuazione (con l'istituzione anche dell'IRE), la coincidenza tra aliquota dell'IRES (originariamente posta pari al 33%) e aliquota massima dell'IRE (che appunto si sarebbe dovuta articolare su due sole aliquote: 23% fino a 100.000 euro e 33% per la parte eccedente il limite del primo scaglione) il passaggio dal criterio dell'imputazione al socio a quello della soggezione ad imposta della sola società, con esclusione dei dividendi dal prelievo, si sarebbe potuto attuare nella maniera più radicale, eliminando così anche il rischio di qualsiasi doppia imposizione economica (cfr. Basilavecchia M., ., La nuova imposta sul reddito delle società (IRES), op. cit. p. 12). L'inclusione dei dividendi nel reddito complessivo IRPEF nella attuale misura del 49,72% tende, pertanto, a garantire un prelievo aggiuntivo IRPEF sui dividendi in grado di portare il livello di tassazione complessivo della società e del socio al 43%, la quale rappresenta l'attuale aliquota massima IRPEF (mentre l'aliquota IRES, dopo la legge n. 244 del 2007, è stata posta pari al 27,5% e ciò in ragione dell'allargamento della base imponibile). Proprio l'ampliamento della base imponibile IRES ha fatto ritenere agli studiosi che, in definitiva, la modifica del 2008 (affidata al Ministero delle finanze) si è risolta in un aumento del prelievo complessivo sul socio e sulla società.

²⁹⁹ Così Basilavecchia M. op. cit. p. 18. Nello stesso senso Fedele A., I rapporti tra soci e società, in AA. VV., La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete, a cura di F. Paparella, Milano 2006.

percependosi la riduzione dell'imponibile alla stregua di un difetto di capacità contributiva³⁰⁰.

La detassazione dei dividendi ha posto, poi, un problema di coordinamento con la disciplina dell'imposizione dei capital gains, ciò sul presupposto di una tendenziale coincidenza tra incremento di valore della partecipazione e accumulo di utili (tassati) da parte della società. Tuttavia, come evidenziato dalla dottrina, il valore della partecipazione non è né automaticamente né esclusivamente determinato dai risultati economici dell'attività³⁰¹. Così "l'opzione per il regime di esenzione delle plusvalenze da partecipazioni si presenta piuttosto, a ben vedere, quale scelta autonoma e, come risulta dalla struttura delle relazioni di accompagnamento, concettualmente precede quella relativa al nuovo regime dei dividendi; sembrano confermarlo le stesse disposizioni, che distinguono l'esenzione delle plusvalenze dall'esclusione dall'imponibile dei dividendi, quasi a sottolineare la natura agevolativa della prima (con relativa indeducibilità dei costi correlati, che non si rinviene nella seconda); che riconoscono l'esenzione solo sulle partecipazioni da investimento (immobilizzazione finanziarie) e non sul circolante, e nel concorso di altri requisiti piuttosto restrittivi, anche se sostanzialmente ragionevoli; che sterilizzano le minusvalenze da realizzo, se derivanti dalle stesse partecipazioni che avrebbero goduto dell'esenzione, e, in ogni caso, quelle da svalutazione per perdite della partecipata. Anche per tale aspetto, il regime distingue i soggetti IRES (irrilevanza assoluta, art. 87) dalle persone fisiche (ulteriormente distinguendo a seconda della entità della partecipazione, se qualificata o meno: art. 68) e da imprese individuali e società personali residenti (art. 58). In verità, questo nuovo regime delle plus e minusvalenze da partecipazioni sembra, più che una soluzione obbligata, una scelta strategica del legislatore; la cui principale finalità non appare tanto quella di beneficiare con un'esenzione proventi il cui verificarsi e la cui entità, spesso, prescindono da una valutazione puntuale degli utili conseguiti o sperati

³⁰⁰ In senso conforme Mayr S., Riforma Tremonti: il nuovo regime di tassazione dei dividendi, in Boll.trib., 2003, 1370, il quale peraltro rileva come la natura agevolativa del sistema di tassazione dei dividendi discenda dall'essere l'intera riforma incentrata sulla tassazione delle società di capitali.

³⁰¹ Non concorda Falsitta G., Le plusvalenze nel sistema dell'imposta mobiliare, Milano 1966, p. 406, il quale afferma: "pur senza arrivare a sostenere che il valore di mercato dei titoli di partecipazione è in ogni momento espressione del valore del capitale e delle riserve di vario tipo accumulate da parte della società, tuttavia, è indubbio che il corso dei titoli è fortemente influenzato dall'esistenza di cospicue riserve accumulate, di eccessive svalutazioni prudenziali, ecc., ossia dall'esistenza, presso la società, di redditi che hanno già scontato il tributo. Conseguentemente tassare sia le riserve accumulate dalla società, sia le plusvalenze dei titoli, significa il più delle volte attuare una evidente duplicazione", sebbene soltanto economica.

dalla partecipata, quanto, piuttosto, quella di creare una premessa sistematica per neutralizzare il criterio, quasi totalmente discrezionale, con il quale veniva attuata la svalutazione delle partecipazioni e si consentiva alle società partecipanti una pianificazione fiscale eccessivamente svincolata”³⁰².

L'introduzione degli istituti del consolidato nazionale e mondiale e della trasparenza fiscale delle società per azioni, sembrano confermare questa interpretazione, nel senso che l'intento del legislatore è apparso quello di limitare la rilevanza fiscale delle svalutazioni delle partecipazioni all'ambito del gruppo societario, con ciò indirizzando le società proprio verso l'adozione di siffatti istituti.

La dottrina non è concorde sul punto³⁰³ e parte di essa ritiene il dividendo e la plusvalenza da cessione della partecipazione redditi della stessa natura che devono essere assoggettati a tassazione in capo al soggetto che realmente li ha prodotti, rendendo fiscalmente neutre, tramite l'esenzione, tutte le successive manifestazioni reddituali connesse. E tuttavia, mentre l'esenzione dei dividendi è accordata sic et simpliciter e in via generalizzata, la neutralità fiscale delle plusvalenze su partecipazioni è riconosciuta in sussistenza di quattro presupposti, la cui presenza, di fatto, limita la fruizione del regime in parola. Dunque ben può dirsi che la PEX sui capital gains non è una conseguenza necessaria del sistema dell'esenzione quale criterio di neutralizzazione della doppia imposizione economica sugli utili societari; lo è solo per la parte delle

³⁰² Così Basilavecchia M., op cit. p. 20. Anche Russo P., I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione dell'imponibile, in Riv.dir.trib., 2004, 3, p. 313, ritiene la participation exemption non strutturale al sistema in quanto non rispondente alla concreta disciplina che il legislatore ha previsto per tale istituto.

³⁰³ Fantozzi A., Il regime della trasparenza per le società di capitali, in AAVV, La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete, a cura di F. Paparella, Milano 2006. Secondo l'Autore, la participation exemption deve essere letto in uno con l'abolizione del credito di imposta e l'attenuazione della progressività del prelievo attuata dalla riforma: infatti “attenuata l'esigenza di correlare la tassazione dei redditi societari alla misurazione della (variabile) capacità contributiva delle persone fisiche (ultime) beneficiarie degli utili, si è potuto e inteso risolvere il problema della doppia tassazione economica dei redditi societari, rendendo definitiva e assorbente la tassazione in capo alle società di capitali, attraverso la sostituzione del metodo del credito di imposta con quello dell'esenzione (participation exemption). ... La predetta impostazione muta il sistema di prevenzione della doppia tassazione economica dei redditi societari, ma mantiene fermo l'assunto: i redditi della società e i dividendi dei soci sono diverse manifestazioni di una stessa capacità contributiva oggettiva; sarebbe quindi irrazionale e asistemático, se non incostituzionale, tassare i primi in capo alla società e gli altri in capo ai soci. Pertanto la participation exemption non costituisce una deroga alla logica del sistema, manifestazione di un favor legislativo per l'utilizzo delle forme societarie, ma al contrario una coerente attuazione di tale logica”. Anche Melis G., voce Coordinamento fiscale nella U.E., in Enc.dir. – Annuali, I, Milano 2007, ritiene che il meccanismo di esenzione dei dividendi avrebbe “comportato conseguenze a “cascata”, con l'adozione nei sistemi nazionali di una serie di istituti e regimi ad esso funzionalmente collegati, quali la participation exemption, l'irrilevanza delle minusvalenze da valutazione delle partecipazioni e forme di consolidamento – sia pure estremamente diverse tra loro – dei risultati dei gruppi societari.

plusvalenze esenti che riflette utili effettivamente realizzati e tassati in testa alla società partecipata. La parte di plusvalore ulteriore è, per lo più, rappresentativa di plusvalori latenti rispetto ai beni della società ovvero, più semplicemente, di aspettative degli acquirenti³⁰⁴. Talvolta le plusvalenze derivanti da cessione di partecipazioni sociali possono anche essere la risultante di circostanze esterne alla dinamica sociale; ad esempio, una partecipazione di maggioranza potrebbe essere valorizzata di più di una partecipazione di minoranza; come anche potrebbe essere suscettibile di maggiore valutazione, rispetto alla semplice applicazione di criteri reddituali o patrimoniali, una partecipazione strategica in una determinata società.

La stessa Commissione Biasco, tra l'altro, nella Relazione conclusiva³⁰⁵, evidenzia come l'esclusione integrale delle plusvalenze potrebbe comportare in alcuni casi "effetti vantaggiosi che andrebbero oltre la giusta esigenza di evitare la doppia imposizione degli utili societari; ipotesi, queste, che si possono verificare, ad esempio, quando i prezzi di vendita della partecipazione sono influenzati – oltre che dagli utili realizzati o realisticamente attesi dalla società partecipata – da oscillazioni meramente speculative o, ancora, da plusvalori latenti del patrimonio della società partecipata, destinati ad essere realizzati soltanto in sede di liquidazione della società medesima (e dunque, non rispondenti a redditi d'impresa della società partecipata suscettibili di imposizione nel breve periodo)"³⁰⁶.

³⁰⁴ Lo rileva Di Tanno T., Linne guida per una possibile riforma dell'imposizione sul reddito d'impresa, audizione alla Commissione Biasco per la riforma dell'IRES del 27 settembre 2006, pubblicata sul sito del Ministero dell'Economia e delle Finanze. In senso analogo Russo P., I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione dell'imponibile, in Riv.dir.trib., 2004, 3, p. 313. L'Autore condivide la proposta del prof. Di Tanno (di limitare la PEX al solo plusvalore conseguente ad utili patrimonializzati) non senza rilevare però la difficoltà procedurale di individuazione dei criteri sulla cui base misurare la quota del prezzo realizzato dal cedente riferibile agli utili prodotti dalla partecipata. Egli ipotizza l'impiego di meccanismi di computo fondati sulla consistenza delle riserve di patrimonio netto della partecipata che abbiano piena rilevanza fiscale (cioè riserve non tassabili in caso di distribuzione, oltre che vere e proprie riserve di utili); in alternativa propone il medesimo criterio di determinazione dell'imponibile proprio delle partecipazioni in società di capitali trasparenti. Per queste, infatti, è previsto che il costo della partecipazione, su cui calcolare l'eventuale capital gain, sia aumentato in relazione alla produzione di utili imponibili da parte della società partecipata e diminuito in relazione al realizzo di perdite o alla distribuzione di utili da parte della stessa. Il principale beneficio ritraibile da siffatta diversa struttura della PEX, oltre all'evidente recupero di gettito ipotizzabile, sarebbe quello di coerenza il sistema riequilibrando le cessioni delle partecipazioni alla cessione dell'azienda: in entrambi i casi, infatti, adottando tale soluzione sarebbe immediatamente tassato il goodwill realizzato in sede di cessione.

³⁰⁵ Cfr., Relazione finale della Commissione di studio sull'imposizione fiscale sulle società, 2008, cap. II, par. 1, pubblicata sul sito del Ministero dell'economia e delle Finanze.

³⁰⁶ D'altra parte, rileva ancora suddetta Relazione, in un'ottica di competizione fiscale tra Stati, un'applicazione "settoriale" e non generalizzata della PEX, ove condotta solo dall'Italia, distaccherebbe nettamente il Paese dagli indirizzi seguiti negli altri ordinamenti europei, compromettendo ulteriormente l'obiettivo di mantenere allineata la convenienza per le holding a stabilirsi nel nostro Paese. Sotto tale

Esistono poi, fattispecie nelle quali è la stessa legge ad escludere dal calcolo del plusvalore gli utili non distribuiti: si fa riferimento al caso in cui i redditi della partecipata sono imputati per trasparenza alla controllante per legge o per effetto di apposita opzione. Invero, rappresenta un principio generale del nostro ordinamento quello per cui per effetto dell'applicazione del regime di trasparenza il costo fiscale della partecipazione è aumentato o diminuito rispettivamente dei redditi o delle perdite imputati ai soci e diminuito, fino a concorrenza dei redditi imputati, degli utili distribuiti ai soci (artt. 68, comma 6, 115, u.c., TUIR, art. 3, comma 5, d.m. n. 429 del 2001 per le CFC). Pertanto, in presenza di utili realizzati e non distribuiti, il costo fiscale della partecipazione subisce un incremento pari al reddito imputato e non diminuito, in quanto l'utile non è stato distribuito; onde la plusvalenza eventualmente realizzato a seguito della cessione giammai potrà contenere gli utili mandati a riserva, risultando il relativo plusvalore sterilizzato per effetto dell'aumento del costo della partecipazione per un pari importo³⁰⁷.

In una prospettiva di funzione strutturale della PEX, alternativa al credito di imposta, per forza di cose l'imputazione per trasparenza assume i connotati dell'irrazionalità: in un sistema di tassazione di matrice maggiormente reale, siffatta scelta avrebbe dovuto condurre all'estensione del regime di tassazione delle società di capitali anche alle società di persone³⁰⁸.

In conclusione, il sistema impositivo degli utili e degli incrementi di valore delle partecipazioni realizzato dalla riforma del 2003, risolvendosi in un meccanismo con prevalente funzione agevolativa, tende a dimostrare la permanenza di quella autonomia del prelievo, a livello della società rispetto a quello dei soci, già rilevata a proposito dell'IRPEG. Tale autonomia non è però da collegarsi alla diversa fonte di scaturigine del reddito, come vorrebbe un sistema impositivo di matrice reale, ma trova la sua

profilo la PEX rappresenta l'emblema di una competizione fiscale che si è svolta al ribasso, senza che l'Unione fosse in grado di intervenire efficacemente, a causa degli ostacoli posti dagli Stati nazionali, per frenare gli sviluppi indesiderati e potenzialmente sleali, costringendo via via tutti i Paesi a neutralizzarne gli effetti, accordandosi.

³⁰⁷ Lo rileva Padovani F., op. cit. p. 241.

³⁰⁸ Lo evidenzia Fantozzi A., Il regime di trasparenza delle società di capitali, op. cit. p. 22 ss.

ragione nell'autonoma capacità contributiva della società e nella sua piena attitudine alla titolarità del possesso del reddito, quale presupposto del tributo³⁰⁹.

Un'ultima considerazione riguarda il regime opzionale per la trasparenza fiscale cui possono accedere le s.r.l. a ristretta base proprietaria e le società di capitali le cui partecipazioni siano detenute da altre società di capitale.

Il fatto che l'opzione faccia venir meno in capo alle prime la soggettività IRES (mentre per le seconde l'effetto si riverbera solo sulla determinazione dell'imponibile che confluisce in quello delle partecipanti, scontando l'IRES in capo a queste ultime), non snatura l'impianto strutturale dell'IRES. Infatti, la facoltatività del regime consente di dire che non viene alterata la soggettività passiva di tali tipi societari.

La ragione per cui il legislatore ha previsto un tale istituto per le s.r.l. a ristretta base proprietaria sembra di potersi rinvenire nella constatazione che in tali realtà societarie è possibile ritrovare un modello partecipativo simile a quello delle società di persone: queste ultime si caratterizzano per l'effettiva partecipazione del singolo socio alla gestione dell'impresa ed perciò possibile stabilire una diretta connessione fra l'attività del socio e l'utile societario, che si qualifica, pertanto, come reddito di impresa e non come reddito di capitale. Si spiega, allora, il diverso regime della trasparenza, ma non in funzione di rimedio della doppia imposizione o, al limite di agevolazione, sibbene in quanto necessaria conseguenza della diversa natura del reddito³¹⁰.

³⁰⁹ Nello stesso senso anche Basilavecchia M., op. cit. p. 28 e Fedele A., I rapporti tra soci e società, in AA. VV., La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete, a cura di F. Paparella, Milano 2006. Afferma il primo Autore che "appare legittimo qualificare l'IRES come imposta personale: per i caratteri che la assimilano all'imposta sulle persone fisiche (deduzioni e detrazioni), per la valenza assolutamente prevalente del soggetto nella fissazione delle regole di territorialità, impostate sulla tradizionale tassazione del reddito mondiale, per i soggetti residenti, e del reddito prodotto in Italia, per i non residenti. Non solo: se negli anni, attraverso la sempre più precisa corrispondenza tra IRPEG assolta dalla società e credito di imposta riconosciuto al socio, la preminenza della posizione tributaria di quest'ultimo aveva contribuito a rendere secondaria la soggezione della società al prelievo, tanto da farne individuare la ratio piuttosto in un'esigenza di cautela fiscale che non in un giudizio di effettiva attitudine alla contribuzione, con la restituzione all'ente commerciale della centralità rispetto al socio e con la netta configurazione di un concorso tra i due prelievi non appare contestabile che l'IRES si giustifichi e trovi ragione nella autonoma capacità contributiva dell'ente commerciale. ... nel nuovo sistema di coordinamento (sono) precisamente individuate due distinte situazioni di possesso e di imputazione dei redditi, di natura diversa, suscettibili di due forme di tassazione distinta, anche se coordinata". Secondo Fedele A. (Imposte reali ed imposte personali nel sistema tributario italiano, in Riv.dir.fin.sc.fin., 2002, I, 450), la considerazione complessiva degli indici di capacità contributiva appartenenti alla medesima classe (reddito complessivo, patrimonio netto ecc.) rappresenta una caratteristica dalla quale è possibile evincere la natura personale del tributo. Inoltre, l'imposta personale si caratterizzerebbe per il fatto che alla definizione dell'elemento oggettivo della fattispecie concorre lo stesso elemento soggettivo: il presupposto sarebbe individuato in funzione di un soggetto; cosa che non accadrebbe nell'imposta reale.

³¹⁰ Cfr. Fedele A., I rapporti tra socie e società, op. cit. p. 51

Inoltre, l'unanime consenso dei soci costituente il presupposto per l'adozione del modulo di tassazione per trasparenza nelle s.r.l. ricomponе la diversità con le società personali: "mentre per queste ultime il diritto all'immediata percezione degli utili è direttamente sancito dal codice civile e la norma fiscale si limita a prenderne atto, per la prima questo diritto, non attribuito dalla legge civile, è implicitamente dato per presupposto dalla norma fiscale laddove richiede obbligatoriamente l'opzione unanime per la trasparenza"³¹¹.

Infine, la circoscrizione dell'ambito di applicazione dell'istituto alle sole s.r.l. (e non a tutte le piccole imprese) appare coerente con la scelta del legislatore civile di riforma del diritto societario di individuare proprio nella società a responsabilità limitata il modello legale paradigmatico della piccola impresa societaria nella quale la dinamica socio-società si sviluppa secondo i canoni tradizionali della partecipazione del socio all'impresa collettiva³¹².

3. "ACCANTONAMENTO" DI UTILI DI ESERCIZIO E IMPUTAZIONE DI UTILI DI ESERCIZIO E RISERVE DI UTILI AL CAPITALE: EFFETTI TRIBUTARI IN CAPO ALLA SOCIETÀ E AL SOCIO: EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA.

Sotto la vigenza dell'imposta di ricchezza mobile (nella versione del 1877) le società di capitali scontavano l'imposta in quanto titolari di reddito industriale (categoria B), considerato reddito temporaneo e misto derivante, ossia, dall'impiego di capitale e lavoro. L'art. 30 del TU prevedeva che nel reddito delle stesse società anonime ed in accomandita per azioni (ma ciò valeva anche per le società di persone) fossero computate tutte le somme ripartite sotto qualsiasi titolo tra i soci e quelle imputate ad aumento del capitale o del fondo di riserva o del fondo di ammortamento o ad altri impieghi anche in estinzione dei debiti. Insomma, scontava, in capo alla società, l'imposta di ricchezza mobile tutto il reddito prodotto (quale reddito di categoria B) a prescindere dalla sua destinazione. Si riteneva, però, che il reddito prodotto dalla società non fosse reddito alla stessa imputabile ma che fosse reddito dei soci, sia per la parte ad essi distribuita sia per quella destinata a rimanere presso la società (sotto forma di

³¹¹ Cfr. Russo P., I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione dell'imponibile, in Riv.dir.trib., 2004, 3, p. 313.

³¹² Cfr. Padovani F., op. cit. p. 251.

riserve o di capitale o di ammortamento o impiegata in estinzione di debiti). Si pensava che la tassazione in capo alla società della parte di reddito non distribuita fosse necessaria, giacché un'imposta assisa in capo ai soci non avrebbe mai potuto colpirlo.

L'accumulazione degli utili da parte della società si riteneva rispondesse pur sempre all'interesse dei soci, così come presso l'impresa individuale tale risparmio risponde alle esigenze dell'imprenditore.

La tassazione in capo all'impresa individuale delle riserve non era messa in discussione mentre nei confronti dell'impresa collettiva si sosteneva che il risparmio di utili non doveva subire l'imposta perché l'aumento del patrimonio dell'azienda sociale avrebbe provocato la produzione di nuovi redditi che, prima o poi, sarebbero finiti coll'essere distribuiti (Seligman). Si sottolineava quindi la indisponibilità materiale della ricchezza prodotta dalla società da parte del socio prima della distribuzione.

Altri³¹³, invece, ritenevano che manifestazione di capacità contributiva del socio fosse anche il semplice incremento patrimoniale ad essi derivante dall'accumulo di reddito in capo alla società e che non fosse giustificata la disparità di trattamento fiscale del reddito risparmiato in capo alle imprese diverse dalle società³¹⁴.

Su tali considerazioni si innestava poi la preoccupazione che le riserve potessero sfuggire definitivamente all'imposta se impiegate per sopperire perdite, mentre le imprese collettive non azionarie e gli imprenditori individuali avrebbero dovuto colmare i loro deficit con redditi già decurtati dall'imposta.

Inoltre, si reputava una tale impostazione del problema come contraria allo spirito dell'IRM, la quale doveva colpire il reddito all'atto della produzione. Dunque se si fosse atteso di tassare il reddito all'atto in cui esso fosse pervenuto in possesso del vero contribuente (il socio), si sarebbe consentita una esenzione temporanea incompatibile con i principi di universalità e uguaglianza.

In definitiva, l'esenzione delle riserve si riteneva non rispondente a ragioni di pura giustizia e, al più, giustificabile solo sotto un profilo di politica sociale tesa a dare slancio alle imprese azionarie. Qualunque destinazione degli utili (enumerata nello stesso art. 30 della legge di RM) non ne avrebbe impedita la tassazione come ricchezza,

³¹³ Natoli F., La personalità giuridica delle società commerciali e l'imposta di ricchezza mobile, Roma 1912.

³¹⁴ Al primo congresso delle società anonime tenutosi a Torino nel 1911, si propose di esonerare dall'IRM le riserve delle società per azioni. Cfr. Sabbatini L., Relazione "Sul regime fiscale delle società per azioni", in La società per azioni, giugno 1911, p. 181

da considerarsi, però, propria dei soci e non della società. In tale contesto la società assumeva il ruolo di contribuente unicamente per ragioni di tecnica tributaria.

Seligman³¹⁵ - il quale pur partiva dalla convinzione che la persona giuridica non può considerarsi soggetta al prelievo se non per tributi a carattere oggettivo (quindi non ad imposta personale) e che l'impresa sociale altro non è che uno strumento per la più conveniente produzione della ricchezza, i cui profitti appartengono ai soci – riteneva che per aversi reddito imponibile in capo ai soci occorresse che si verificassero fattispecie di destinazione dell'utile da parte della società in grado di configurare separazione e realizzazione del profitto. Per l'Autore solo la distribuzione degli utili in contanti poteva considerarsi un'ipotesi di destinazione dell'utile in grado di generare separazione del profitto dalla fonte e realizzazione in capo al socio. Nel caso di destinazione dell'utile ad aumento del capitale sociale e conseguente assegnazione gratuita di azioni non poteva configurarsi alcun reddito tassabile in capo al socio se non per effetto di una successiva vendita delle azioni così ricevute; nemmeno la destinazione degli utili a riserva poteva dar luogo agli effetti di separazione e realizzazione del profitto in capo al socio: la tassabilità dell'incremento di valore delle azioni dovuto all'accumulo di utili in seno alla società poteva ammettersi solo quando il socio avesse venduto la parte delle azioni corrispondenti all'incremento di valore di tutte le azioni possedute, di guisa che dopo la vendita egli entrasse in possesso di un valore capitale identico a quello che aveva prima dell'incremento causato dalla non distribuzione degli utili.

In definitiva, per Seligman, nei casi di destinazione degli utili prodotti ad aumento di capitale (e conseguente distribuzione gratuita di azioni) o a riserva non si ha alcuna separazione e realizzo in capo al socio. L'incremento del capitale rappresenta un reddito meramente potenziale e quindi intassabile.

Lo stesso sosteneva Griziotti³¹⁶ in Italia che parlava della necessità di un consolidamento della ricchezza, incrementatasi per effetto della destinazione degli utili a riserva, attraverso la vendita delle azioni incorporanti tale ricchezza. Solo in quel

³¹⁵ Seligman, I dividendi in azioni costituiscono reddito?, in Nuova collana di economisti, vol. IX, Torino, 1934, I, p. 217 ss – traduzione di Borgatta e D'Albero

³¹⁶ Griziotti B., Le imposte sugli incrementi di valore nei capitali e sulle rendite nei redditi, in Giornale degli economisti, 1910, 99 ss

momento l'incremento di ricchezza sarebbe divenuto stabile, mentre prima sarebbe risultato esposto alle oscillazioni dovute al mutare della situazione obiettiva. Prima del realizzo, un prelievo avrebbe potuto ammettersi solo sul differenziale che si presentasse in concreto e fosse riconducibile, con rapporto di causa ad effetto, agli incrementi di valore.

Vanoni³¹⁷, invece, riteneva che il consolidamento della ricchezza non passasse per la vendita ma che bastasse che una nuova ricchezza si fosse aggiunta al fondo preesistente in modo certo e stabile: realizzo e separazione, secondo l'Autore, importano sempre certezza e stabilità, ma certezza e stabilità possono aversi comunque senza dover presupporre la separazione e realizzazione.

Egli reputava che la capacità di contribuire del singolo fosse determinata dalla potenzialità economica del soggetto e che l'esistenza e la misura del reddito imponibile fossero indipendenti dal comportamento concreto dell'operatore economico.

Le obiezioni di Seligman e di Griziotti all'imposizione degli incrementi di valore erano, secondo l'Autore, in sostanza di due tipi: l'una di natura teorica fondata sulla mancanza di consolidazione degli incrementi di valore non realizzati; l'altra di carattere pratico e tecnico basata sulla considerazione della impossibilità di compensare le plusvalenze con le minusvalenze, che si presentano nei confronti dello stesso soggetto nello stesso periodo di imposta, quando esse non siano realizzate.

Dunque le preoccupazioni di Seligman e Griziotti ruotavano intorno alla mancanza di certezza di acquisizione dell'incremento di valore e alla considerazione del ciclo delle operazioni come compreso tra l'investimento del capitale ed il suo disinvestimento. Secondo Vanoni, invece, ciò che doveva interessare ai fini dell'imposizione non è tanto la volontà dell'operatore, che potrebbe anche condurre a non realizzare mai quel valore, ma il fatto che esso si sia consolidato, e quindi divenuto certo e stabile. Inoltre, se il vero significato della separazione e realizzazione doveva ravvisarsi nell'autonomia del reddito rispetto alla fonte produttiva, i profitti della società potevano considerarsi senz'altro separati e realizzati rispetto al capitale dell'impresa sociale: la distribuzione degli utili doveva, pertanto, considerarsi un fatto di destinazione, di impiego del profitto ottenuto e come tale non incidente sull'esistenza del reddito.

³¹⁷ Vanoni E., L'imposta personale sul reddito e gli utili non distribuiti, in Studi in memoria di Guglielmo Masci, Vol. II, Milano, 1943.

Il problema, poi, della compensazione di plus e minusvalenze prima della realizzazione in moneta dell'incremento di valore, si spostava, secondo l'Autore, sul terreno del sistema di imposizione, che avrebbe potuto adottare accorgimenti tecnici tesi a tener conto del carattere pluriennale di tale ricchezza.

Vanoni, diversamente da Seligman, sosteneva l'idea che la società è un ente distinto dai soci, e dotato di una potenza economica superiore alla somma algebrica delle forze apportate dai soci; e questa personalità esiste nel mondo economico prima ancora che giuridico. L'Autore evidenziava l'antinomia tra la finzione giuridica della separazione solo formale dei soci dalla società e la realtà economica che considera la società come soggetto a se stante ed effettivamente separato dei soci.

Sotto questo profilo, egli riteneva di poter giustificare il trattamento fiscale degli utili non distribuiti propugnato da Seligman: in un sistema tributario fondato su imposte personali ogni soggetto risponde per le ricchezze di cui dispone e i profitti non distribuiti sono ricchezza propria della società, che restano nella sua disponibilità e non possono venir computati nel reddito dei soci, solo se essa è ritenuta soggetto distinto dai soci e titolare di un proprio patrimonio separato da quello dei soci. Diversamente, nei sistemi giuridici in cui si ritiene che la capacità contributiva possa riferirsi solo alle persone fisiche, la persona giuridica non può essere considerata soggetta all'imposizione, se non per tributi avente carattere oggettivo e come tali aventi funzione di imposizione di prima approssimazione, che le imposte personali sulle persone fisiche sono chiamate a completare e a rettificare. In tale prospettiva, risolvendosi l'impresa sociale in uno strumento per la più comoda produzione di beni economici, i profitti della società sono profitti dei soci a prescindere dalla destinazione che se ne fa: gli utili non distribuiti possono ritenersi permanere nella disponibilità del socio anche se questi non ha partecipato alla decisione di reinvestimento perché egli potrebbe decidere di vendere la propria partecipazione e se non lo fa è perché implicitamente accetta il reinvestimento nell'impresa sociale.

Gli studiosi successivi (in particolare Falsitta) ritennero che l'evoluzione della normativa fiscale (e in specie l'art. 20 della legge Tremelloni, legge n. 1 del 1956) avesse portato al superamento del principio secondo cui un incremento di valore è

tassabile solo se realizzato, nel senso di venduto. I plusvalori dei titoli in portafoglio si riteneva dovessero essere esclusi dalla tassazione perché senza la vendita mancava la prova che essi fossero il frutto di un'attività speculativa e quindi la dimostrazione che essi costituissero non meri incrementi patrimoniali, ma reddito assoggettabile al tributo mobiliare, reddito cioè che avesse i requisiti di certezza o effettività.

Per Falsitta la nuova legislazione, interpretata alla luce anche delle disposizioni del nuovo testo unico di imposta di ricchezza mobile (artt. 100 e 106 del TUID del 1958), evidenziava che la *certa e definitiva* produzione delle plusvalenze si avesse per quelle variazioni di valore che restassero definitivamente acquisite dal soggetto; affinché ciò si verificasse occorreva comunque un evento di realizzo consistente nel trasferimento del bene (non necessariamente una vendita), che consentisse di convertire il bene plusvalente in altra ricchezza. Così, nell'imputazione di riserve ad aumento gratuito del capitale non poteva ravvisarsi alcun trapasso di beni o di diritti tra due distinti soggetti giuridici, perché le plusvalenze costituite dalle riserve, appartenenti alla società prima del passaggio, avrebbero continuato ad appartenere alla società anche dopo il passaggio. Neppure poteva dirsi mutata la posizione del socio, i cui diritti sul patrimonio sociale rimanevano invariati, non incidendo sull'essenza dei medesimi la circostanza che essi avessero ad oggetto poste costituenti capitale anziché riserve. In definitiva l'imputazione di riserve a capitale non poteva definirsi come negozio di attribuzione patrimoniale.

A proposito di azioni gratuite, però, la legge Tremelloni prevedeva nell'art. 21, sostanzialmente, l'obbligo di valutare le azioni gratuite a costo zero, in tal modo trasformando queste ultime in plusvalenze potenziali, suscettibili di tassazione. Tuttavia, nulla disponeva la stessa legge sulla tassabilità dei dividendi che, invece, si reputava continuassero a non poter essere tassati in capo al socio in ragione del divieto di doppia imposizione di cui all'art. 8 della legge di RM, con ciò manifestando un'evidente contraddizione del sistema. Tale contraddizione permaneva ancora più evidente quando con il testo unico del 1958, da un lato, l'art. 83, lett. a), codificò espressamente il divieto di tassazione dei dividendi (che nella precedente legislazione veniva dedotto per inferenza dal divieto di duplicazione), e dall'altro, l'art. 103, assorbiva le disposizioni dell'art. 21 della Tremelloni. Invero, come evidenziava

Falsitta³¹⁸, sulla scia dell'interpretazione data dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 2105/1973, la valutazione a costo zero delle azioni gratuite si doveva inferire dalla circostanza che il socio riceve tali azioni senza sopportare alcun esborso, mentre il divieto di tassazione dei dividendi si doveva intendere come deroga al divieto di doppia imposizione trasfuso nell'art. 7 del testo unico del 1958: disposizione quest'ultima che, non avendo rilievo e dignità di principio costituzionale, ben poteva essere derogata dal legislatore in singole ipotesi, quale quella che poteva risultare racchiusa nell'art. 103. Altra dottrina, invece, riteneva sussistere una iniqua disparità di trattamento tra dividendi e azioni gratuite. Ciò spiega la successiva legge istitutiva della cedolare sui dividendi (legge n.1745 del 1962), tesa appunto ad alleggerire tale disparità.

L'istituzione dell'imposta complementare progressiva sul reddito, avvenuta con RD 30 dicembre 1923, n. 3062, destinata a colpire gli utili distribuiti dalle società ai partecipanti, aveva gettato sul campo il problema della individuazione del momento in cui applicare il tributo in capo ai soci - dato che la normativa parlava di "percezione" - e con esso quello riguardante l'imponibilità, ai fini della medesima imposta personale, degli utili che, anziché distribuiti ai soci, fossero stati accantonati a riserva.

La dottrina si divideva tra coloro che riteneva che per percezione dovesse intendersi la disponibilità effettiva del reddito e coloro che, invece, ritenevano condizione necessaria e sufficiente la titolarità del reddito e la possibilità di poter disporre del medesimo, per l'assenza di qualsiasi vincolo e per la maturata esigibilità delle somme o dei beni natura costituenti il reddito stesso.

A ben vedere la questione si riduceva al rapporto tra l'IRM, che colpiva il reddito al momento della produzione, e l'imposta complementare che lo colpiva nel diverso momento della percezione³¹⁹. La giurisprudenza ritenne che gli utili imputati a riserva non potessero essere computati, pro quota, nel reddito degli azionisti agli effetti dell'imposta complementare perché, in difetto di percezione, non si poteva ritenere sussistente un reddito tassabile per i soci. All'opposto, per le società di persone reputò che il reddito assoggettabile all'imposta complementare in capo ai soci fosse quello prodotto dalla società, sul presupposto che questo venisse integralmente ripartito tra i soci. Questo orientamento venne poi recepito nel testo unico del 1958, nell'art. 135.

³¹⁸ Falsitta G., *La tassazione delle plusvalenze e sopravvenienze nelle imposta sui redditi*, Padova 1986.

³¹⁹ D'Amati N., *La progettazione giuridica del reddito*, vol. I, Padova 1973

Si sanciva così un disparità di trattamento tra soci di società personali e soci di società capitalistiche che sarebbe stata poi portata avanti anche nelle successive riforme tributarie e ciò sulla scia anche del regime binario adottato dal codice civile del 1942 che riconosceva la personalità giuridica alle società di capitali ma la negava a quelle di persone.

Il vero problema era però che all'epoca in cui venne introdotta l'imposta complementare era del tutto ignoto la questione dei rapporti tra singolo e soggetto complesso: infatti, la legge di RM del 1877 considerava il singolo e l'ente morale come soggetti alternativi rispetto all'obbligo di pagare l'IRM, rivelando l'indifferenza, tipica dell'imposta reale, nei confronti della distribuzione del reddito, una volta che questo avesse scontato l'imposta su di esso gravante, come dimostra, del resto, l'esenzione dalla stessa imposta degli utili distribuiti, preventivamente colpiti a carico della società.

Con l'entrata in vigore del TU del 1958 la disgiunzione di cui all'art. 2 della vecchia legge di RM (ogni individuo *od* ente morale è tenuto all'IRM) veniva sostituita con la congiunzione di cui all'art. 8 del nuovo testo unico (soggetti passivi del rapporto tributario sono le persone fisiche *e* giuridiche, le società *e* associazioni).

Alla luce di tale nuova disposizione sarebbe forse stato necessario un ripensamento dell'esperienza giuridica, in considerazione anche del fatto che la stessa situazione veniva assoggettata ad imposte ispirate a criteri profondamente diversi.

La sperequazione che si era venuta a creare, con riferimento all'imposta personale progressiva, tra imprenditori individuali e società di persone da una parte e società di capitali dall'altra, è stata considerata la ragione principale dell'introduzione dell'imposta sulle società avvenuta nel 1954. Essa era tesa ad assoggettare all'imposizione progressiva anche la parte di reddito non distribuito in capo alle società di capitali.

Questa soluzione appariva però irrazionale perché si riteneva che se obiettivo del legislatore era quello di assoggettare all'imposta personale e progressiva il reddito globale degli azionisti, allora più logico sarebbe stato tassare gli incrementi di valore delle azioni (al momento del realizzo) a fianco del reddito vero e proprio.

All'epoca dell'introduzione dell'imposta sulle società, però, la normativa che sottoponeva a tassazione le plusvalenze finanziarie era di difficile applicazione perché

occorreva dimostrare l'intento speculativo del titolare delle azioni³²⁰ e, inoltre, la possibilità di assoggettare tale ricchezza all'imposta personale era fortemente limitata dalla diffusione di titoli al portatore che rendevano assai difficile il controllo dei redditi derivanti dalle partecipazioni sociali (dividendi compresi).

Invero, non erano solo queste le ragioni che avevano spinto all'introduzione dell'imposta sulle società. Arena ne aveva individuato 5: il motivo dell'espediente (esigenze di gettito), il motivo dell'elusione di altre imposte (attraverso la costituzione di società di comodo), il motivo della perequazione nel quadro delle imposte esistenti (imposta sui trasferimenti a titolo gratuito, imposta mobiliare e imposta personale sul reddito delle persone fisiche), quello della personalità giuridica ed economica delle società di capitali e, infine, l'esigenza di una speciale discriminazione in ragione: delle rendite fiscali di cui godrebbero le società di capitali, della loro maggiore capacità contributiva e della loro maggiore forza economica e politica da controllare³²¹.

Con specifico riferimento al motivo della perequazione rispetto all'imposta complementare, Arena richiamava il pensiero di Vanoni (ampiamente riportato più sopra), considerandolo il vero fondamento teorico dell'imposta speciale sulle società, di cui, tra l'altro, lo stesso Vanoni era stato primo proponente in qualità di Ministro delle finanze. In sintesi, l'imposizione pensata da Vanoni a carico delle società di capitali trovava il proprio fondamento nella effettiva separazione tra società e soci, in guisa che un'imposta che andasse a colpire gli utili, distribuiti o meno, in capo alla società poteva perfettamente coesistere con una imposizione autonoma in capo ai soci per gli utili percepiti. Gli utili mandati a riserva non potevano essere assoggettati all'imposizione propria dei soci perché si dovevano considerare ricchezza della società.

³²⁰ In più si riteneva che l'assoggettamento a IRM delle plusvalenze finanziarie desse luogo ad una duplicazione di imposta (vietata dall'art. 8 della legge di RM), perché si presumeva che il valore di mercato dei titoli fosse fortemente influenzato dall'esistenza di cospicue riserve di utili che avevano già scontato una volta, in capo alla società, l'IRM. L'istituto dell'intento speculativo cominciava, inoltre, a mostrarsi sempre più inidoneo ai fini della individuazione della ricchezza da tassare come plusvalenza finanziaria in capo all'azionista, perché accanto alle figure opposte del socio speculatore e del socio capitalista cominciava a profilarsi quella del socio-imprenditore (specie nel caso delle società di persone), rispetto al quale la plusvalenza da cessione della partecipazione prendeva la forma di realizzazione dell'incremento di valore dei beni destinati all'esercizio dell'impresa di cui il socio poteva considerarsi diretto titolare. Trasferire la partecipazione assumeva allora il significato di trasferire una porzione del patrimonio sociale con la conseguenza che la natura speculativa della plusvalenza non abbisognava di essere dimostrata, trattandosi di plusvalenza afferente a beni istituzionalmente devoluti al conseguimento di scopi produttivi. Cfr. Falsitta G., *Le plusvalenze nel sistema dell'imposta mobiliare*, op. cit. p. 422.

³²¹ Cfr. Arena C., *Fondamento e natura di una imposta speciale sulle società*, in *Natura ed effetti economici di un'imposta sulle società*, Atti del convegno di studi, Roma 1955.

Con la riforma degli anni '70 (legge delega del 9 ottobre 1971, n. 825 il problema della tassazione degli utili in capo ai soci veniva risolto, per quanto riguarda i soci di società di persone, nel senso della totale irrilevanza per essi della effettiva percezione degli utili prodotti dalla società. In tal modo, anche l'utile non distribuito, accantonato a riserva, risultava assoggettato direttamente all'imposizione personale e progressiva in capo ai soci (IRPEF). Nello stesso tempo, la società di persone non veniva considerata un soggetto passivo dell'imposta sulle società (IRPEG).

Sul fronte della tassazione delle plusvalenze finanziarie – che certamente in parte riflettono l'accumulo di ricchezza in seno alla società - ciò ha comportato la necessità di tener conto dell'imposizione personale già subita dai redditi societari non distribuiti. Così si spiega la disposizione che consente di portare a incremento del costo della partecipazione gli utili distribuiti al socio.

Per quanto riguarda gli utili derivanti dalla partecipazione in società di capitali, a differenza di quanto avveniva vigente l'art. 135 lett. d) del TUID del 1958, la riforma tributaria, prima che fosse istituito il credito di imposta (legge n. 904 del 1977), non si era preoccupata di disciplinare il trattamento tributario di tali redditi. Il regime impositivo degli utili da partecipazione in società di capitali era affidato ad una serie di norme concernenti, da un lato, la sola applicazione del prelievo alla fonte, e dall'altro, l'assoggettamento del dividendo ad imposta personale come reddito di capitale ovvero ricavo di impresa. Non si forniva alcun chiarimento ai fini dell'interpretazione del concetto di percezione e di distribuzione.

D'altra parte, proprio l'inclusione dei dividendi in un'autonoma categoria reddituale – cosa che sotto la vigenza dell'IRM e dell'imposta complementare non era possibile rinvenire perché ancora non si distingueva giuridicamente l'utile distribuito da quello prodotto e ciò anche in conseguenza della svalutazione della soggettività tributaria delle società³²² – consentiva di risolvere il problema della individuazione del presupposto dell'imposizione personale del dividendo (ossia la percezione intesa come effettiva riscossione, applicandosi ai redditi di capitale il principio di cassa).

³²² Ed, infatti, la tendenza dell'Amministrazione finanziaria era quella di attribuire agli azionisti l'intero reddito della società, in relazione alle quote o azioni possedute. Soltanto con la successiva elaborazione giurisprudenziale si cominciava a distinguere non solo il trattamento impositivo delle partecipazioni in società di capitali da quelle in società di persone, ma si sottolineava, altresì, la differenza tra utile e dividendo, che in tal modo andava acquisendo una propria autonomia giuridica e impositiva.

Inoltre, il riconoscimento della soggettività tributaria alle società di capitali permetteva di tassare in capo ad esse tutto l'utile prodotto, a prescindere dalla sua destinazione.

Per quanto riguarda l'incremento di valore delle azioni o quote dovuto all'accumulo di utili, come detto più sopra, la legge Tremelloni del 1956, aveva introdotto una particolare disciplina in relazione all'imputazione degli utili accumulati al capitale sociale. La connessa assegnazione gratuita di azioni ai soci comportava l'obbligo di valutare queste ultime a costo zero, trasformandole in plusvalenze potenziali. Anzi, per l'impresa tassata in base al bilancio, l'eventuale iscrizione delle azioni ricevute per un valore superiore al costo fiscale comportava l'emersione di una plusvalenza tassabile, ai sensi dell'art. 20 della stessa legge.

Nello stesso tempo veniva introdotto il divieto di tassazione dei dividendi, ai sensi dell'art. 83, lett. a) del TU n. 645 del 1958, e l'art. 21 della Tremelloni confluiva nell'art. 103 del TU, con ciò facendo nascere una evidente contraddizione del sistema.

Così con la legge istitutiva della cedolare sui dividendi (n. 1745 del 1962) ci si pose l'obiettivo di rimediare a tale incongruenza, stabilendo, da un lato, l'imponibilità degli utili in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione distribuiti dalle società di capitali e, dall'altro, stabilendo che l'assegnazione gratuita di azioni si considerasse utile distribuito per la parte dell'ammontare complessivo delle riserve e degli altri fondi e degli altri fondi, imputata a capitale successivamente all'entrata in vigore della stessa legge, eccedente il 25% del totale dei dividendi attribuiti ai soci dopo tale data.

Si trattava di una soluzione di compromesso, tesa, però, secondo l'opinione all'epoca prevalente, ad evitare che l'imputazione di riserve a capitale venisse sistematicamente impiegata per eludere le imposte personali. Invece, si interpretava nel senso di dover assoggettare la parte entro il 25% sia all'IRM sia alla complementare.

Con la riforma del 1971 (diversamente dal principio direttivo della delega, secondo cui l'assoggettamento a tassazione delle azioni gratuite doveva avvenire solo al momento del realizzo e non a quello dell'assegnazione) si continuò a decretare che la tassazione avvenisse al momento dell'assegnazione. Infatti, l'art. 27 del dpr n. 600 del 1973 assoggettava a ritenuta d'acconto l'assegnazione di azioni gratuite derivante dall'imputazione di utili a capitale. Invece, l'assegnazione derivante dall'imputazione al

capitale di altre riserve di capitale (saldi di rivalutazione monetaria, sovrapprezzi, ecc.) non importava alcuna tassazione.

Fu la legge Pandolfi (legge n. 904 del 1977) a sancire che le azioni gratuite non danno luogo a redditi imponibili e che solo la successiva distribuzione del capitale deve considerarsi distribuzione di utili. Questa disposizione è quella che poi è stata trasfusa nell'art. 44, comma 2, del TUIR ed rimasta tale anche dopo la riforma del 2003 (art. 47, comma 6).

CAPITOLO III

RESTITUZIONE/DISTRIBUZIONE DI CAPITALE E RISERVE DI CAPITALE; EFFETTI FISCALI DELLA PERDITA DELLA QUALITÀ DI SOCIO; EFFETTI FISCALI IN CASO DI PERMANENZA DELLA QUALITÀ DI SOCIO.

In questo capitolo la ricerca si concentra sul rapporto tra il capitale sociale e i conferimenti e tra il patrimonio netto e la partecipazione sociale. Si tratta di comprendere perché i conferimenti in natura formano oggetto di imposta in capo al conferente e se e come di ciò il sistema impositivo tiene conto nelle successive operazioni di distribuzione o rimborso di riserve di capitale. L'indagine coinvolge anche il rapporto tra la restituzione di riserve e valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione.

1. LA SOCIETÀ TRA FORMA DI ORGANIZZAZIONE DELL'IMPRESA E FORMA DI INVESTIMENTO.

Il dibattito intorno alla autonomia economica e giuridica delle società è abbastanza datato, ma tuttora esso appare di notevole interesse, specie sotto il profilo delle implicazioni fiscali. Già agli inizi del '900 gli economisti (come Arena, Pantaleoni) consideravano che l'impresa, condotta sotto forma di società di capitali, si spersonalizza, non è più possibile individuare chi sia l'imprenditore, chi combina cioè i fattori della produzione e sopporta l'alea dell'impresa: si tratta della teoria dell'organizzazione oggettiva dell'impresa.

La separazione tra proprietà e controllo implica la formazione di interessi diversi che si potenziano e si spersonalizzano dando vita ad un complesso economico a sé stante dove anche tende a prevalere uno scopo finanziario di autofinanziamento. Il tutto determina in capo alla società una forza economica assai maggiore di quella riconducibile ai singoli soci che le consente di accedere a condizioni più vantaggiose di credito sul mercato e di essere più produttiva. D'altra parte gli stessi azionisti tendono a considerare la struttura come avente valore distinto da quello che è rappresentato dalle loro quote

sociali: essi considerano il loro investimento non con il fine di una partecipazione agli utili d'impresa ma con riguardo alla valutazione dei titoli sul mercato (Arena).

Naturalmente, tale teoria fa riferimento alle grandi società capitali per le quali, nel tempo, si è rafforzata la convinzione che esse si compendiassero, essenzialmente nel capitale, e più precisamente nell'insieme di capitali raccolti sul mercato per lo svolgimento dell'attività di impresa.

Le riflessioni di carattere economico hanno condotto, sotto il profilo giuridico, a dare dignità di soggetto giuridico alla grande società, dotato di un proprio patrimonio e perseguitare interessi propri distinti da quelli degli investitori.

Ascarelli T. affermava che le società di capitali costituiscono un microcosmo giuridico in cui concorrono i problemi e le norme dei contratti con i problemi e le norme della persona giuridica. Dunque, sebbene la società sorge in seguito ad un contratto, questo dà vita ad un'organizzazione destinata a svolgere un'attività con terzi, con una propria personalità giuridica ed un proprio patrimonio, distinto da quello individuale dei soci.

Tuttavia, queste riflessioni sulla natura della società tendono a perdere di significato di fronte alla constatazione della realtà economica che vede l'impiego del modello della società per azioni per esigenze anche profondamente diverse. Così mentre le società a ristretta base azionaria si caratterizzano per il permanere della figura classica del contratto finalizzato allo svolgimento di un'attività economica comune da cui deriva la stretta partecipazione dei soci alla vita sociale³²³, le società che fanno ricorso al

³²³ L'uso della società per azioni per la gestione di imprese di dimensioni modeste non è in sé un fenomeno patologico o contrastante col modello legale (sebbene questo sia stato pensato come forma di organizzazione della grande impresa spersonalizzata), anche perché lo stesso legislatore consente all'autonomia statutaria una relativa caratterizzazione personale della società per azioni. L'uso della società per azioni per esigenze economiche anche profondamente diverse determina però un diverso atteggiarsi degli interessi in gioco. Così nella società a ristretta base azionaria i problemi restano quelli della tutela dei soci di minoranza e dei creditori; nelle (poche) società che fanno appello al pubblico risparmio, la situazione cambia: accanto a pochi azionisti imprenditori vi è una massa di azionisti investitori naturalmente disinteressati alla vita della società ed esposti ai possibili abusi della maggioranza. Inoltre, si presenta (quando le azioni sono quotate in borsa) l'ulteriore problema della tutela dell'intero mercato azionario. Oggi, inoltre, la composizione dell'azionariato si presenta notevolmente modificato per la comparsa degli organismi collettivi di investimento. Accanto agli azionisti investitori (inerti ed incompetenti) si sono posti gli investitori istituzionali dotati di specifiche competenze professionali, che acquisiscono partecipazioni percentualmente modeste ma significative. In questo quadro si colloca il lento processo di riforma delle società per azioni, iniziato con la disciplina delle società quotate in mercati regolamentati, l'introduzione delle azioni di risparmio, proseguito con la riforma del mercato mobiliare e, successivamente, di quella dell'intermediazione finanziaria, fino alla riforma del 2003 operata con il dlgs 17 gennaio 2006, n. 6, il cui obiettivo è stato quello di semplificare la disciplina delle società di capitali e di ampliarne l'autonomia statutaria al fine di accrescere la competitività delle imprese italiane anche attraverso il più facile accesso ai mercati finanziari nazionali e internazionali). Cfr Campobasso G.F., Diritto commerciale – Diritto delle società, 2010.

pubblico risparmio tendono a trasformarsi in un coacervo di strumenti finanziari, in una comunità di rischio in cui non si può più parlare di partecipazione sociale (nel senso tradizionale) ma si deve parlare di operazione di investimento³²⁴.

La riforma del diritto societario del 2003, nell'intento di rafforzare la competitività delle imprese, attraverso l'introduzione della innovativa ed eterogenea figura degli "strumenti finanziari", ha accentuato questa differenziazione ponendo da una parte la società per azioni quale strumento per la raccolta di mezzi finanziari, in cui gli azionisti vengono in considerazione non tanto come coloro che partecipano alla comune attività d'impresa ma come finanziatori, e dall'altra la società a responsabilità limitata che, in coerenza col suo assetto contrattuale chiuso, si presenta come una forma di esercizio dell'attività comune d'impresa, sulla cui gestione i soci conservano un imperio immanente³²⁵.

Sotto il profilo giuridico, secondo la dottrina tradizionale, la società è un ente associativo a base contrattuale³²⁶. Essa nasce dall'accordo di due o più parti per costituire e regolare fra loro un rapporto giuridico a contenuto patrimoniale. Non si tratta però di un contratto di scambio ma di un contratto associativo o con comunione di scopo. In esso l'avvenimento che soddisfa l'interesse di tutti i contraenti è unico, ossia l'esercizio in comune dell'attività economica³²⁷ che forma oggetto del contratto. La differenza rispetto ai contratti associativi risiede nell'autodestinazione ai membri del gruppo dei risultati economici dell'attività³²⁸.

Questa concezione della società come sodalizio appare superata con riferimento alle società di capitali.

³²⁴ Minervini G., La dematerializzazione delle azioni quotate e l'esercizio dei diritti sociali, in *Giur. Comm.* 1999, I, pag. 660.

³²⁵ Abriani N., in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, a cura di Bonfante G., Cagnasso O., Montaletti P., Torino 2009

³²⁶ Campobasso G.F., *Diritto commerciale – Diritto delle società*, 2010

³²⁷ Questa attività è identificata con l'attività di impresa: un'attività cioè a contenuto patrimoniale, condotta con metodo economico e finalizzata alla produzione di beni o servizi. Inoltre, è indispensabile che tale attività sia esercitata in comune. Benché non sia semplice definire giuridicamente l'esercizio in comune (soprattutto sotto il profilo soggettivo, a causa della diversità dei poteri amministrativi del singolo socio, in particolare nei diversi tipi sociali), da un punto di vista oggettivo è possibile configurare un esercizio in comune dell'attività se questa è preordinata ad un risultato unitario e comune, ossia imputabile al gruppo. Il punto però non è pacifico, ossia non è condivisa l'opinione che chi agisce nei rapporti esterni deve essere abilitato ad agire in nome e per conto del gruppo.

³²⁸ Secondo la dottrina prevalente, incompatibile con lo schema causale delle associazioni è solo lo scopo di lucro in senso soggettivo, non lo svolgimento di attività di impresa né la realizzazione di utili (lucro oggettivo) attraverso tale attività. Tuttavia, non è pacifico se possa parlarsi di società nel caso in cui venga costituita per uno scopo diverso da quello di lucro (oggettivo o soggettivo).

Afferma Spada P. che le società di capitali “non sono più sodalizio; sono, invece, "forma", codici organizzativi al ricorrere dei quali si applica un nuovo diritto dell'impresa, dedicato alla provvista del capitale di rischio e del capitale di credito. Insomma, le nuove società di capitali conoscitivamente meritano di essere pensate piuttosto che nel diritto delle società nel diritto dell'impresa, al quale è stato aggiunto - modificando gli articoli del codice sulle società per azioni ed a responsabilità limitata - un inedito capitolo dedicato al finanziamento, alla provvista di capitale di credito e di capitale di rischio. Le nuove società di capitali sono corporations nel senso di imprese incorporated, e quindi, giuridicamente altro da chi adotta l'iniziativa economica.

Tanto le nuove società di capitali non sono società-sodalizio, tanto non corrispondono più all'immagine culturale della società che, come tutti sappiamo, oggi si costituiscono società per sviluppare iniziative unilaterali, promananti da persone ma anche da preesistenti enti. Il che significa, tra l'altro, che oggi le società di capitali sono, ben più di ieri, funzionali all'articolazione dell'iniziativa economica - individuale o collettiva è indifferente - tramite la moltiplicazione degli enti, e, dunque, all'avvio o all'espansione di fenomeni di gruppo”³²⁹.

Secondo Ferri Jr, l'intero sistema del diritto commerciale appare comunque costruito nell'ottica dell'impresa, per cui anche la società (in genere) viene ricostruita come forma di esercizio collettivo dell'impresa: l'attività che i soci intendono condurre in forma collettiva è sempre un'attività d'impresa. Il ruolo funzionale della società, quindi, si esaurisce nell'organizzazione della contitolarità dell'impresa³³⁰.

L'Autore ritiene, invece, che società e impresa non siano perfettamente sovrapponibili e che la dissociazione tra le due nozioni si giustifichi “proprio sulla base della riconduzione dell'economicità dell'attività sociale ex art. 2247 c.c. non già all'oggettiva capacità a produrre ricchezza nuova (cioè imprenditoriale), bensì alla idoneità della

³²⁹ Spada P., Provvista del capitale e strumenti finanziari, in Banca borsa tit.cred., 2009, 06, 21.

³³⁰ Ferri G. Jr., Investimento e conferimento, Milano 2001. Sottolinea l'Autore (p. 98) che “sintomatica, al proposito, appare la diffusa abitudine a confrontare tra loro le attività di cui all'art. 2247 c.c. e 2082 c.c.: confronto che inevitabilmente si sviluppa intorno alle caratteristiche tipologiche di un medesimo fenomeno, vale a dire, appunto, l'attività (economica), sul presupposto che l'impresa emerga anche in ambito societario negli stessi termini, di attività, nei quali essa è considerata dall'art. 2082 c.c.; e ciò a sua volta sulla base della più generale premessa che l'impresa rilevi giuridicamente sempre (sia in relazione all'impresa individuale, sia in relazione a quella collettiva, e segnatamente societaria) come realtà strutturalmente definibile in termini appunto di attività”. Secondo la visione tradizionale, nel contesto dell'art. 2082 si trova integralmente racchiusa la nozione di impresa, nozione che viene identificata in quella di “attività economica particolarmente qualificata.

stessa a far conseguire ai soci un guadagno³³¹, a prescindere dal fatto che esso rappresenti un profitto economicamente definibile come di impresa”. Egli ritiene che l’impresa non necessariamente assuma, giuridicamente, sempre e solo la struttura di attività³³². L’impresa, in realtà, non presenta una definizione normativa. Da qui la conclusione che il fenomeno produttivo, se guardato non dal lato della società ma da quello dei soci, non necessariamente deve essere descritto in termini di attività.

Riguardo alle parti del contratto, la dottrina prevalente considera come rapporto giuridico contrattuale la relazione esistente tra soci e società. Infatti, il diritto ai conferimenti nei confronti dei singoli soci compete sempre alla società, e non ai singoli consoci; esso forma oggetto di azioni sociali e non individuali. Questo principio è accolto anche per le società di persone in quanto, pur negando ad esse l’ordinamento la personalità giuridica, pur sempre la titolarità dei rapporti sociali va riferita non ai singoli soci ma alla collettività organizzata³³³. Dunque, come sostengono i fautori della teoria contrattualistica della società, nel contratto di società ogni singolo socio assume obblighi e diritti nei confronti della collettività, la quale ne diviene la naturale titolare quando è organizzata dal legislatore in persona giuridica.

Secondo Ferri Jr, l’alterità tra socio e società è solo formale: alterità che in quanto formale è perciò necessaria, non può venir meno. Anche la soggettività della società assume un valore meramente strumentale: l’esigenza di ricostruire la società come soggetto autonomo rispetto ai soci risponde all’esigenza di organizzare la relativa disciplina attraverso gli schemi formali del finanziamento, ad iniziare da quello del rapporto obbligatorio.

Sempre nella visione tradizionale, nel contratto di società, a differenza dei contratti di scambio, non esiste una corrispettività tra le prestazioni dei soci. Queste possono essere

³³¹ Mentre nella visione tradizionale il lucro viene ricondotto all’attività, nel pensiero di Ferri Jr “la “lucratività” deve ricondursi alla posizione del socio: essa cioè si configura come carattere della partecipazione sociale (...)”.

³³² Invero, secondo Ferri Jr, “ la legge, nell’articolo in esame (l’art. 2082 c.c.) non intende affatto definire il fenomeno della produzione di beni e servizi, cioè l’impresa in senso economico, in termini di attività; né, a rigore, qualifica una certa attività in termini di (attività di) impresa, bensì definisce come imprenditore il soggetto che svolga un’attività tipologicamente individuata: attività che, appunto per tale ragione, la dottrina, seguendo in ciò il “suggerimento” del legislatore così come emerge dal “nome” del “soggetto” nei cui confronti essa si applica, ha ritenuto di poter definire come attività di impresa”. L’art. 2082 c.c. in realtà fissa soltanto le condizioni a cui è subordinata l’applicazione di una determinata disciplina e non contiene affatto la fattispecie dell’impresa.

³³³ Si è invero a lungo discusso sulla possibilità di spiegare plausibilmente come degli obblighi e dei diritti nascenti da un contratto stipulato fra determinate persone, non sorgano fra tali persone, ma tra queste ed un altro soggetto: la società.

anche di diversa natura e di diverso ammontare. I conferimenti sono destinati alla realizzazione di uno scopo comune (l'esercizio dell'attività pattuita) ed il loro "corrispettivo" è l'acquisto della partecipazione sociale³³⁴.

In effetti, la causa-sinallagma³³⁵ del contratto di società (tanto nel momento genetico quanto in quello funzionale) va ricercata nel rapporto conferimento contro acquisto di una quota di partecipazione al patrimonio sociale. Infatti, l'interesse patrimoniale della persona che entra nella società è ben più vasto del semplice interesse al conseguimento dell'eventuale utile. Inoltre, l'utile costituisce un effetto giuridico del contratto di società e non il suo sinallagma³³⁶, che invece attiene al contenuto del contratto ed è perciò soggetto alla capacità dispositiva delle parti. Essendo il contratto di società un contratto consensuale, l'acquisto della qualità di socio si pone come effetto reale dello stesso: solo in tal modo la prestazione (ossia i conferimenti) e la controprestazione (la partecipazione) si pongono su un piano di equivalenza, essendo la quota sociale proporzionata al conferimento.

³³⁴ Si esclude che il corrispettivo del conferimento possa essere rappresentato dall'esistenza di un diritto soggettivo alla distribuzione degli utili: la società, una volta ricevuto il conferimento, non è obbligata alla distribuzione dell'utile, ancor meno in caso di perdita o di inesistenza dello stesso; inoltre, sufficiente alla società è il perseguimento di uno scopo astrattamente lucrativo. Dunque può dirsi che mentre il conferimento costituisce un elemento essenziale del contratto di società, tale non è la distribuzione di utile (cfr Buonocore V., *Le situazioni soggettive dell'azionista*, 1967). Lo stesso Autore afferma che "la causa-sinallagma del contratto sociale (è) da individuare nel rapporto conferimento contro acquisto di una quota di partecipazione al patrimonio sociale: il principio della divisione del capitale in azioni comporta infatti che ciascun sottoscrittore del capitale originario sia titolare di tante quote di partecipazione quante sono le azioni da lui sottoscritte". Nonostante l'autonomia patrimoniale della società per azioni sia completa e perfetta e la società-persona giuridica sia l'unica titolare del patrimonio sociale "non significa che (...) il socio non abbia un interesse patrimoniale tutelabile (...). Ciò che in effetti entra nel patrimonio di quest'ultimo all'atto del suo ingresso nella società è una situazione giuridica soggettiva che, in maniera evidentissima, non può essere ridotta alla percezione del dividendo (...), è una situazione giuridico-patrimoniale, consistente nel diritto di partecipazione alla società". Quindi, "l'effetto c.d. reale del contratto di società è l'acquisto di questa situazione giuridica di diritto soggettivo: situazione materiale e presupposto indispensabile per l'acquisto di ogni altra situazione giuridica nella e contro la società". Cfr. Id. pp.101-102. Inoltre, poichè i rapporti tra socio e società si basano essenzialmente sul patrimonio sociale, la sola partecipazione alla gestione o allo sfruttamento di questo – concesso dalla società – è sufficiente a conservare lo stato di socio agli azionisti; in tal modo anche agli azionisti di godimento va riconosciuta la qualità di socio. Ciò che viene sottolineato in questa impostazione è il ruolo strumentale del patrimonio sociale rispetto all'interesse del singolo. Benché proprietaria del patrimonio sociale diventi la società, esso deve essere destinato allo scopo di gestione della società; inoltre, il socio ha diritto al conseguimento di una quota del patrimonio sociale in tutti i casi in cui si verifica lo scioglimento del rapporto e può disporre della sua quota in ogni momento. Nella società di persone la strumentalità del patrimonio è più evidente, sia perché i soggetti che hanno effettuato la destinazione restano proprietari dei beni sia perché sono i soggetti stessi ad operare obbligandosi e rispondendo anzitutto non solo con i beni destinati, ma anche col resto del loro patrimonio.

³³⁵ Cosa diversa dalla causa-sinallagma è la causa tipica di ciascun contratto. Nel contratto di società la causa tipica coincide con lo scopo di lucro, il quale però è del tutto estraneo al rapporto di sinallagmaticità che sta alla base di questo contratto.

³³⁶ Buonocore V., op. cit. pag. 97

E' tuttavia da considerare che il contratto di società si caratterizza per un assetto particolare degli interessi: vi è, infatti, una compresenza genetica sia di una componente causale (propria di ogni contratto) sia di una componente organizzativa. La prima individua il risultato cui le parti tendono, la seconda indica il come si realizzerà l'attività che concretizza la causa³³⁷. In effetti con il contratto associativo si crea una posizione legittimante nell'ambito della struttura organizzativa di tipo procedimentale. Diversamente da ciò che avviene con i contratti di scambio (dove viene a formarsi un rapporto di diritto-obbligo), col contratto associativo viene a crearsi una situazione di concorso (e non di conflitto o di contrapposizione) con gli altri contraenti nel funzionamento dell'organizzazione³³⁸. Ove per organizzazione societaria si intenda il regolamento negoziale sulla programmazione delle operazioni sociali, o l'ordinamento dei poteri sociali, s'individua una situazione giuridica del tutto strumentale che esprime il come ma non il perché si agisce giuridicamente³³⁹. Il come si concretizza in un dovere di collaborazione tra i soci, i quali dovrebbero esercitare i diritti associativi in modo da non ledere la posizione amministrativo-patrimoniale degli altri soci all'interno della società.

Mentre nel contratto di scambio l'equilibrio degli interessi contrapposti si colloca all'interno di una oscillazione limitata dal concetto di "sinallagma", nei contratti associativi gli interessi si dispongono su linee convergenti verso un punto mobile, rappresentato dall'aspettativa di un risultato coerente con le prospettive programmatiche. Non sono rappresentati da una prestazione predeterminata, il cui grado di soddisfazione è legato alla capacità negoziale del contraente e alla cooperazione della controparte (racchiusa nella contrapposizione adempimento/inadempimento), ma all'attitudine concreta a che i rapporti fiduciari, che legano la pluralità di soggetti coinvolti nell'attività sociale, producano vantaggi economici valutabili dai soci e dal mercato.

Il contratto di società non esaurisce la sua funzione con l'esecuzione delle prestazioni (i conferimenti) ma, in quanto contratto di organizzazione di una futura attività, fissa le basi organizzative di tale attività comune e predetermina le modalità di partecipazione

³³⁷ Mistretta M. Partecipazione sociale e comunione legale dei beni: l'interpretazione come governo della complessità, Milano 2004, p. 78.

³³⁸ Farenga L. I contratti parasociali, Milano 1987

³³⁹ Spada P. La tipicità delle società, Padova, 1974

individuale all'attività di gruppo e ai risultati della stessa. In altre parole, la società è sì un contratto ma è anche un'organizzazione di persone e mezzi. Con la stipula del contratto di società le parti contraenti diventano membri della struttura organizzativa così creata; acquistano la qualità di soci e diventano titolari di una serie articolata di situazioni soggettive attive e passive, di natura amministrativa (partecipazione individuale all'attività comune) e di natura patrimoniale (partecipazione individuale ai risultati dell'attività comune durante la vita della società ed al momento dello scioglimento della stessa).

Proprio questa impostazione c.d. organizzativa, a parere di Ferri Jr, ha rafforzato il rapporto tra la società e l'attività ed ha ricostruito il rapporto tra struttura organizzativa ed attività in chiave di rapporto tra elemento formale ed elemento materiale del fenomeno associativo. In tal modo riesce difficile ricostruire la disciplina societaria in una visione diversa da quella della disciplina dell'attività (comune). Anche il risultato societario, d'altra parte, secondo lo stesso Autore, risente di questa visione associativa e corporativa: “non solo, infatti, è l'utile (e non il ricavo) ad emergere in termini di risultato comune; ma la sua (successiva) individualizzazione si risolve nelle sua erogazione dalla società ad altri soggetti, principalmente, i soci: laddove il profilo dell'erogazione (...) finisce per assumere un significato in definitiva traslativo e dunque (...) per evocare quella contrapposizione tra sfera collettiva e sfera individuale intorno alla quale l'intera visuale associativa (...) si riannoda (...)”. In altri termini il risultato finisce per essere considerato risultato dell'attività e non presenta alcun collegamento con l'investimento iniziale. Invece, “il fenomeno della produzione di ricchezza, una volta riguardato dal punto di vista, soggettivo, del socio, cioè ricostruito in termini di produzione di guadagno, emerge non tanto sotto il profilo dell'attività di produzione di ricchezza, quanto sotto quello della ricchezza prodotta (...)”.

2. IL PROBLEMA DELLA SOGGETTIVITÀ DELLE SOCIETÀ. RAPPORTO TRA SOGGETTIVITÀ GIURIDICA E PERSONALITÀ GIURIDICA. RAPPORTO TRA AUTONOMIA PATRIMONIALE E SOGGETTIVITÀ GIURIDICA. SOGGETTIVITÀ TRIBUTARIA.

Si ritiene, in linea di principio, che col contratto di società venga in essere un soggetto distinto rispetto ai soci, titolare di un proprio patrimonio e del reddito derivante da quel patrimonio, che svolge in proprio, mediante quel patrimonio, l'attività che genera quel reddito e che risponde col proprio patrimonio delle obbligazioni verso terzi. I beni conferiti dai soci, diventano, infatti, formalmente beni di proprietà della società. Ciò è ritenuto vero a prescindere dal riconoscimento della personalità giuridica.

In effetti, secondo la teoria che distingue la persona giuridica dal c.d. soggetto collettivo non personificato (sostenuta in particolare da Galgano, in *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova 1960), la persona giuridica è un soggetto di diritto complesso, che si distingue da ogni altro solo per la particolare organizzazione interna. La personalità giuridica è espressione, anziché della soggettività, d'una particolare organizzazione interna del gruppo, per cui si può comprendere come possono esistere soggetti che, mancando di quell'organizzazione, non siano anche persone giuridiche. La necessità di conferire alle società una personalità giuridica sorge non al fine di riconoscere alle medesime una soggettività di cui sono in ogni caso investite, ma solo allo scopo di attribuire ad esse determinate regole intese a consentire che un organismo, spesso assai complesso, operi nel campo del diritto nella maniera più spedita ed efficace. In breve, la persona giuridica si differenzia dal soggetto collettivo non personificato quanto alla normativa di organizzazione e non in ordine alla soggettività, intesa come attitudine a divenire centro di imputazione di effetti giuridici, autonomamente rispetto alle persone che compongono il gruppo³⁴⁰.

Invero, come evidenzia Campobasso, occorre considerare che è vero che la personalità giuridica è, in realtà, una creazione del legislatore: è formale e strumentale e non

³⁴⁰ Questa teoria ha sottoposto ad una seria critica il concetto di persona giuridica, qualificandolo come un non-senso, sull'assunto che, sul piano ontologico, solo le persone fisiche sono qualificabili come soggetti. Da qui il ridimensionamento della soggettività giuridica da intendersi come centro di riferibilità delle fattispecie giuridiche indipendentemente dalla sussistenza di una determinata qualità soggettiva. Così il fenomeno della soggettività viene ricondotto alla utilizzazione di un meccanismo di imputazione, mediante il quale si realizza il collegamento di una fattispecie normativa con un determinato centro che si attinge come fattore di unificazione. Nel caso della persona giuridica siffatto ruolo è rivestito dalla esistenza di una organizzazione. Si tratta quindi di individuare il centro di riferibilità delle fattispecie giuridiche verificando se sia stato accolto un meccanismo di imputazione agli individui oppure un meccanismo di imputazione all'organizzazione, organizzazione che a tal fine deve intendersi come struttura finalizzata al compimento di una data attività in modo autonomo rispetto agli individui che ne fanno parte. Cfr. Boria P., *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, Milano 1996.

naturale e reale, e perciò esiste nei limiti in cui è positivamente riconosciuta dall'ordinamento³⁴¹; ma ciò non esclude che essa si traduca in alterità soggettiva³⁴².

Per le società di persone è tuttora aperta la questione della loro soggettività giuridica. Qui, in effetti, la distinzione formale soci-società sembra esaurirsi sul terreno oggettivo dell'autonomia patrimoniale della società. In passato, e ancora oggi, la tesi più diffusa è quella che nega la soggettività delle società di persone perché alla società non è stata riconosciuta la personalità giuridica; dunque i beni sociali devono considerarsi beni in proprietà dei soci e le obbligazioni sociali devono qualificarsi come obbligazioni proprie dei soci e la responsabilità personale e illimitata degli stessi deve ritenersi responsabilità per debito proprio. I soci, inoltre, si qualificano come veri e propri coimprenditori in quanto ad essi sarebbe imputabile (collettivamente) l'attività di impresa. Tuttavia, come evidenzia Campobasso, i dati normativi testimoniano con chiarezza che un fenomeno di unificazione soggettiva è presente anche nelle società di persone, sebbene, sotto il profilo sostanziale, non vi sia dubbio che in tutte le società e non solo in quelle di persone le cose si risolvano nelle persone dei soci³⁴³. La fattispecie

³⁴¹ Campobasso G.F., op. cit. L'Autore evidenzia che questi limiti non sono sempre identici, come è dimostrato dal fatto che la personalità giuridica della società non implica sempre e comunque l'irresponsabilità dei soci per le obbligazioni sociali. Responsabili personalmente, anche in via sussidiaria, sono infatti l'unico azionista (art. 2325, 2° comma) e l'unico quotista di srl (art. 2462, 2° comma) e i soci accomandatari dell'accomandita per azioni (art. 2452). Si tratta in ogni caso di responsabilità che, proprio come conseguenza del riconoscimento della personalità giuridica, si configura formalmente come responsabilità per debito altrui (della società) e le norme che la sanciscono rivestono carattere eccezionale.

³⁴² L'Autore non condivide le posizioni di quella parte della dottrina commercialistica (Ascarelli, d'Alessandro, Galgano, G. Rossi) che contesta la trascrizione in termini di alterità soggettiva del significato della personalità giuridica e risolve le situazioni soggettive imputabili alle persone giuridiche in diritti e obblighi delle persone fisiche che le compongono. Afferma l'Autore "certamente, il valore del concetto di persona giuridica è uno dei problemi più tormentati della teoria del diritto. Certamente, il relativo significato normativo non può essere sopravvalutato fino al punto di ritenere che il trattamento legislativo delle persone giuridiche sia sempre il medesimo e, soprattutto, sia del tutto identico a quello delle persone fisiche. Certamente, infine, l'operatore del diritto deve essere estremamente cauto nel dedurre dalla personalità della società principi e precetti che non trovano fondamento nei dati normativi e nel sistema, nonché nel risolvere problemi di disciplina, eventualmente lasciati insoluti dal legislatore, servendosi solo della formula magica personalità giuridica. Tutto ciò non significa però che ci si possa spingere fino al punto di negare del tutto il principio di (relativa) alterità soggettiva insito nel concetto e nella disciplina delle persone giuridiche (...). Ed invero a me sembra che disconoscere che le persone giuridiche sono sotto più profili trattate come soggetti di diritto distinti dalle persone fisiche che ne fanno parte, significa negare l'evidenza dei dati normativi e, soprattutto, cancellare secoli di (tormentato ma) costante progresso della scienza giuridica".

³⁴³ Sulla base dei dati normativi (artt. 2266, 1° comma, 2659, 2839, 2292, 2314, 2295, 4° comma) è possibile affermare che: i beni sociali sono beni in proprietà della società; le obbligazioni sociali non sono obbligazioni personali dei soci ma obbligazioni della società, cui si aggiunge a titolo di garanzia la responsabilità di tutti o di taluni soci; imprenditore è la società; la responsabilità personale dei soci non è qualificabile come responsabilità per debito proprio. Cfr Campobasso GF, op. cit. e si veda anche Di Sabato, Capitale e responsabilità nelle società di persone, 1967.

delle società di persone potrebbe descriversi in modo più appropriato (in accordo con la teoria di Galgano) con la formula “soggetto collettivo non personificato”, come *tertium genus* fra persone fisiche e persone giuridiche.

Nella giurisprudenza della Cassazione, a lungo è stata individuata nelle società di persone una titolarità unitaria e inscindibile in capo ai soci delle situazioni giuridiche integranti il patrimonio sociale³⁴⁴. Poi si è verificata una inversione di tendenza e la Corte di legittimità ha riconosciuto nelle società di persone dei soggetti di diritto cui è riferibile la proprietà del patrimonio³⁴⁵.

La medesima contrapposizione si ritrova nella dottrina. Tuttavia, le differenze appaiono molto meno nette: tutti riscontrano la mancanza di personalità giuridica nelle società di persone; tutti riscontrano la presenza di una autonomia patrimoniale. Il concetto di persona giuridica appare ormai neutralizzato: è stato recepito sul punto il pensiero di Ascarelli, il quale sottolineava come col termine persona giuridica si intenda solo brevemente indicare una disciplina normativa risolubile in norme pur sempre concernenti relazioni tra uomini. Permane però una qualche differenza: per la prima posizione, l'autonomia patrimoniale imperfetta fa emergere il ruolo soci, i quali rimangono il centro di imputazione delle situazioni giuridiche attive e passive afferenti all'attività imprenditoriale collettiva. La soggettività quindi, secondo questa opinione, appartiene ai soci collettivamente e si manifesta in una contitolarità unitaria e inscindibile del patrimonio sociale. La seconda posizione, invece, ritiene la società di persone un gruppo pluripersonale nel quale individua un soggetto di diritto diverso da ciascun socio. Dunque la contrapposizione appare tra soggettività come contitolarità unitaria e inscindibile dei soci sul patrimonio sociale e soggettività come soggetto di diritto diverso e distinto dai soci. Il termine soggettività sembra, quindi, utilizzato per descrivere il grado di autonomia patrimoniale della società di persone, sebbene vi sia chi sostiene l'espresso riconoscimento normativo della soggettività nei meccanismi di imputazione alla società semplice di cui all'art. 2266 c.c.³⁴⁶. Il termine sembra

³⁴⁴ Cass., 7 marzo 1990, in *Dir. Fall.*, 1990, p. 1416 ss., nella quale si legge che “nelle società di persone vi è bensì, sul piano soggettivo, una sorta di unificazione della collettività dei soci, (...), la pur ammessa soggettività giuridica della società di persone resta appunto delimitata dalla sua funzione strumentale di congegno giuridico volto a consentire alla pluralità dei soci una unitarietà di forme di azione, e non già a dissolvere tale pluralità nella unicità esclusiva di un *ens tertium*”, così pure la giurisprudenza precedente a tale sentenza.

³⁴⁵ Da ultimo Cass. 22 febbraio 2001, n. 11182

³⁴⁶ Pellizzi G.L., *Soggettività giuridica*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993

soddisfare l'esigenza di individuare i beni afferenti all'impresa collettiva, i beni che conferiti diventano beni del patrimonio sociale: il legislatore, infatti, considera questi beni come se non fossero più dei soci e i creditori sociali possono soddisfarsi sul patrimonio sociale a prescindere dai creditori particolari dei soci. La soggettività appare, in definitiva, identificata con l'autonomia patrimoniale. Con l'ulteriore elemento della responsabilità personale di uno più soci, tale autonomia appare come imperfetta, in contrapposizione a quella perfetta delle società nelle quali è prevista la responsabilità esclusiva del patrimonio sociale. Così mentre l'autonomia patrimoniale perfetta si accompagna alla personalità giuridica, quella imperfetta si unisce alla soggettività. Ne deriva che, come l'autonomia patrimoniale si distingue in perfetta e imperfetta, altrettanto la soggettività si distingue, rispettivamente, in piena e limitata.

Invero, è stato osservato³⁴⁷, la soggettività non appare suscettibile di valutazione quantitativa: o esiste o non esiste. Secondo Pellizzi, invece, nella soggettività si riuniscono una serie di significati: imputazione (come primo minimo elemento della soggettività giuridica), responsabilità patrimoniale, unità, alterità. Essa non costituisce un blocco unico. Secondo questa opinione, anche se si è sempre sostenuto che non si può essere più o meno soggetto, in realtà si riscontra che la soggettività non è un'unica cosa, bensì un insieme di possibili effetti giuridici, talora tra loro indipendenti, cosicché è pensabile la simultanea presenza di enti per i quali si verificano solo alcuni di tali effetti.

Si potrebbe pensare, invece, che nella società di persone, la soggettività giuridica si presenta in forma poliedrica: a certi fini non esiste, in particolare se la si osserva dal punto di vista dei soci che non sono sollevati dalla responsabilità per i debiti sociali; a certi altri esiste, nello specifica se la si guarda dalla prospettiva dei creditori personali dei soci che non possono aggredire il patrimonio sociale³⁴⁸.

In ogni caso è possibile rilevare che, sotto il profilo civilistico, esiste una soglia minima di requisiti che congiuntamente consentono di parlare di soggetto giuridico e cioè l'organizzazione, l'assunzione legale di essa quale centro di imputazione di effetti giuridici e l'alterità.

Per quanto riguarda la prospettiva tributaria, è possibile affermare, sulla scia dell'importante contributo di G.A. Micheli, che non esiste un'autonoma nozione di

³⁴⁷ Mistretta M. op. cit. p. 141

³⁴⁸ Così Mistretta M., op. cit. p. 144

soggettività tributaria. Considerata l'ampiezza della nozione civilistica di soggettività è del tutto impossibile individuare nella legge fiscale soggetti passivi di imposta che non presentino quei minimi requisiti fissati dall'ordinamento generale per la sussistenza di soggetti di diritto comune non personificati e non tipizzati. E tali sono quelli richiamati nell'art. 73, comma 2, Tuir, della non appartenenza ad altri soggetti passivi (e quindi dell'alterità o separatezza dell'organizzazione) e dell'essere centri autonomi di imputazione di effetti giuridici³⁴⁹. Vero è che il diritto tributario presenta sue specificità, ma ciò non vuol dire che abbia elaborato una propria nozione di soggettività, diversa da quella civilistica³⁵⁰: ciò che invece può essere messo in evidenza è che il legislatore fiscale, nella sua discrezionalità, ha scelto solo taluni centri di imputazione civilistici piuttosto che altri, e ciò sempre nel rispetto (anche) del principio di capacità contributiva. Così, in piena autonomia e nell'esercizio dei suoi poteri, ha potuto, con riferimento alle società di persone, scegliere quali soggetti passivi i soci, piuttosto che la società, e, quindi, pur sempre soggetti di diritto comune. Risulta così possibile espungere dalla ricostruzione dei profili soggettivi dei tributi quelle riflessioni di carattere economico che è possibile rinvenire in alcune remote posizioni dottrinarie sulla soggettività passiva delle società³⁵¹.

³⁴⁹ Sul punto Micheli sosteneva che il fatto che questa norma assumesse come soggetti passivi d'imposta dei centri d'imputazione prescindenti dalla persona giuridica e, alle volte, dall'autonomia patrimoniale, non stava a significare che tali soggetti dovessero essere soltanto soggetti passivi in diritto tributario e non potessero essere soggetti di diritto comune. Il pensiero, infatti, appariva essere il seguente: il legislatore tributario richiede, affinché un soggetto "qualsiasi" assurga a soggetto d'imposta, l'esistenza di un centro d'imputazione di effetti giuridici (il presupposto unitario ed autonomo) e l'essere entità separata da altre e titolare di un potere di disposizione su cose e rapporti che la costituiscono; tali requisiti paiono, quindi, coincidere sostanzialmente con quelli che l'ordinamento generale richiede affinché possa parlarsi di un soggetto di diritto comune non personificato e non tipizzato. Micheli G.A., *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in Riv.dir.fin., 1977

³⁵⁰ In virtù di questo assunto, la dottrina più recente ha mostrato la tendenza a ricondurre la soggettività tributaria a quella di diritto comune. Nello stesso tempo è apparsa certamente necessaria una ridefinizione ed un adattamento delle categorie civilistiche alla particolare materia tributaria, poiché una traslazione sic et simpliciter delle nozioni del diritto privato nel diritto tributario renderebbe difficoltosa l'attuazione degli interessi dell'ordinamento e dei singoli nell'obbligazione tributaria. Sul punto Giovannini, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova 1996. L'ampliamento della distanza tra soggettività tributaria e soggettività di diritto civile potrebbe avvenire qualora la normativa tributaria ritenesse soggetto passivo un ente dotato esclusivamente di rilevanza economica e sprovvisto di alcuna soggettività civilistica: ciò potrebbe trovare un fondamento nelle esigenze legate all'accertamento ed alla riscossione delle imposte, con l'imputazione degli obblighi formali e sostanziali al soggetto materialmente produttore della ricchezza da tassare, ma vi sarebbe altresì un sostanziale riferimento di diritti e doveri alle persone fisiche necessariamente interessate della gestione di tale ente economicamente rilevante. In tal senso, Schiavolin R., *Il collegamento soggettivo*, in Trattato di diritto tributario, diretto da Amatucci, I, Padova 1994.

³⁵¹ Si allude alle tesi contrapposte di Einaudi e Griziotti sulla particolare forza economica delle società quale elemento fondante il loro assoggettamento a imposizione.

Con riferimento alle società di persone, la teoria del soggetto collettivo non personificato consente di riconoscere anche a queste strutture la soggettività giuridica, benché sia più difficile rinvenirvi una struttura organizzativa formalizzata, come, invece, avviene nel caso delle persone giuridiche. Proprio il minor livello di formalizzazione delle società di persone³⁵², piuttosto che il grado di autonomia patrimoniale che le caratterizza (a sua volta riconducibile al grado di responsabilità dei soci), ha spinto il legislatore tributario ad individuare nei soci i soggetti passivi d'imposta, con ciò escludendo ogni necessità di controllare, ai fini, fiscali, la destinazione e di disciplinare il regime degli utili non distribuiti³⁵³. Resterebbero da mettere in luce tutte le implicazioni di una tale scelta, e che tuttavia, ai fini del presente studio, è possibile tralasciare. L'unico risvolto che a tal fine si ritiene necessario approfondire attiene alla funzione che nell'ordinamento tributario ha assunto il meccanismo dell'imputazione per trasparenza rispetto altri meccanismi³⁵⁴ ritenuti alternativi ai fini della eliminazione della doppia imposizione degli utili. Sul punto si rinvia al II capitolo.

3. I CONFERIMENTI TRA ATTO DI ORGANIZZAZIONE E FORMA DI INVESTIMENTO DEL VALORE

Secondo la dottrina tradizionale i conferimenti costituiscono i contributi dei soci alla formazione del patrimonio iniziale della società e la loro funzione è quella di dotare la società del capitale di rischio iniziale per lo svolgimento dell'attività di impresa. Col conferimento ciascun socio destina stabilmente parte della propria ricchezza personale all'attività comune e si espone al rischio di impresa³⁵⁵. Il valore in denaro dei conferimenti è espresso dal capitale sociale nominale, il quale, conseguentemente, indica la frazione del patrimonio netto che non si può distribuire fra i soci e perciò assoggettata ad un vincolo di stabile destinazione all'attività sociale (funzione vincolistica o produttiva). Il capitale sociale, alimentato dai conferimenti, svolge, come

³⁵² Dove mancano adeguate forme procedurali e sono assenti regole sufficienti circa la rappresentazione contabile dell'attività sociale, e non esiste una idonea disciplina del capitale e degli obblighi e responsabilità degli organi sociali.

³⁵³ Sul punto, Fedele A. Profili fiscali delle società di persone, in AAVV Commentario al T.U. delle imposte sui redditi, Milano 1990.

³⁵⁴ Si allude al credito di imposta e al meccanismo di esenzione degli utili societari.

³⁵⁵ Campobasso, op. cit.

abbiamo visto nel cap. I, anche una funzione organizzativa perché è sia termine di riferimento per accertare periodicamente se la società ha conseguito un utile o ha subito una perdita, sia funge da base di misurazione di alcune fondamentali situazioni soggettive dei soci. Fra conferimenti, patrimonio iniziale della società e capitale sociale intercorre quindi uno stretto legame.

L'impostazione organizzativa ricostruisce anche il conferimento in termini di destinazione all'attività (piuttosto che al soggetto), o, meglio, di messa a disposizione della società, e rappresenta il superamento della tendenza a pensare al conferimento come ad una vicenda intersoggettiva, o, meglio, bilaterale.

Secondo un'autorevole dottrina³⁵⁶, infatti, il conferimento può essere visto come vicenda traslativa, ossia, come trasferimento di beni dal socio alla società, intesa, quest'ultima, in termini di soggetto, in via di principio autonomo rispetto al socio conferente³⁵⁷. Il rilievo dato al conferitario (la società) discende anche dalla considerazione della personalità giuridica che l'ordinamento gli riconosce, il che conduce, nei casi in cui manchi tale riconoscimento (come nelle società di persone), a parlare più genericamente di "messa in comune" dei beni conferiti³⁵⁸.

In questa prospettiva l'aspetto che viene valorizzato ed approfondito è l'effetto reale del contratto di società, il che conduce a discutere se per esso valga il principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c.³⁵⁹

³⁵⁶ Portale G.B., I conferimenti in natura atipici nelle spa, Milano 1974

³⁵⁷ Di questa ricostruzione del conferimento in termini traslativi ne è stata evidenziata la natura essenzialmente economico-sostanziale (si veda Simonetto E., Concetto e composizione del capitale sociale, in Riv.dir.comm., 1956, I, pp 48-72, 112-165, 196-219). Lo stesso Autore, tuttavia, evidenzia che "quando il socio presta la propria opera o il mero godimento di un capitale che non viene trasferito in proprietà dell'ente (...) il capitale non si può dire che venga conferito (trasferito in proprietà) all'ente, ma rimane al socio, che può anche alienarlo ad altri, rimane cioè estraneo alla società a al suo patrimonio".

³⁵⁸ Cfr. Ferri G. Investimento e conferimento, Milano 2001.

³⁵⁹ La dottrina tradizionale si interroga sul momento in cui si verifica il trasferimento della proprietà (con riferimento al conferimento di beni) – l'effetto reale appunto -: se esso cioè si produca direttamente a partire dal consenso ovvero soltanto a seguito della esecuzione dell'atto di conferimento. In altri termini, il problema si risolve nell'alternativa tra rinvenire nel contratto di società un contratto traslativo iniziale seguito da un atto di trasferimento del possesso (consegna della cosa), ovvero, un negozio costitutivo di un'obbligazione di trasferire, fermo restando il suo carattere consensuale. Secondo Ferri Jr (op. cit., pp 224 e ss), l'art. 1376 c.c. non deve intendersi come regola relativa al momento in cui si produce l'effetto reale ma come regola relativa al valore giuridico del consenso: il principio per cui la promessa di vendita vale vendita vuol dire che l'ordinamento non si è limitato a ricondurre il verificarsi dell'effetto traslativo al momento del consenso ma ha riconosciuto al mero consenso l'idoneità a trasferire la proprietà. Tuttavia, secondo l'Autore, questa regola appare insufficiente a stabilire se l'impegno a conferire sia un vero proprio obbligo, che da diritto al creditore (la società) a pretendere coattivamente il trasferimento del bene (anche denaro), o una mera promessa, che da diritto al creditore solo al risarcimento del danno. Solo nel primo caso al consenso potrà riconoscersi l'idoneità a trasferire immediatamente la proprietà. Egli ritiene che il problema del valore del consenso del socio può, invece, essere risolto valorizzando la

Questa impostazione è stata sottoposta a critica³⁶⁰. Il difetto principale di essa è stato individuato nella circostanza che è difficile parlare di “vicenda traslativa” se si pensa che il destinatario del conferimento (la società) ancora non esiste al momento stesso del trasferimento.

In effetti, la vicenda del conferimento appare ricostruita partendo dalla disciplina del suo destinatario, ossia, la società; il che appare incoerente perché la disciplina dei soggetti del trasferimento dovrebbe considerarsi esterna a quella del trasferimento stesso³⁶¹.

L’approccio organizzativo, invece, sembra rappresentare un primo passo verso il superamento della intersoggettività del conferimento, anche se non viene del tutto abbandonato il punto di vista della società, considerato che l’attività viene colta comunque come aspetto del fenomeno societario³⁶². In ogni caso, in questa prospettiva (organizzativa) la società non può considerarsi parte del contratto associativo, ma effetto dello stesso.

Il conferimento viene riguardato in una prospettiva dinamica e concreta, idonea ad evidenziarne il significato di atto di destinazione (e, quindi, il profilo esecutivo): non

specifica funzione e lo specifico interesse che la prestazione del socio è rivolta a soddisfare. Dunque, se si attribuisce alle prestazioni dei soci funzione di investimento e si considera che esse sono dirette a soddisfare l’interesse dei soci stessi, allora il debito di apporto deve inquadrarsi nell’ambito dei doveri, non già delle obbligazioni coattivamente realizzabili: per quanto la loro esecuzione risulti doverosa, esse non possono per ciò solo dirsi dovute alla società. Tutto ciò è vero nella fase attiva della società. Al contrario una volta che si verifichi una causa di scioglimento della società, il patrimonio sociale risulta destinato esclusivamente al pagamento dei creditori sociali: ciò che allora consente di ritenere che le prestazioni dei soci a tal fine dirette sono dovute ai creditori sociali stessi e dunque, proprio perciò, coattivamente realizzabili. Questa impostazione, l’Autore ritiene, nemmeno contraddice l’esigenza di effettività del capitale sociale: l’esigenza di effettività, una volta riferita alla materia dei conferimenti, e depurata di ogni riferimento al capitale sociale, si risolve essenzialmente nell’esigenza che le prestazioni promesse a titolo di conferimento vengano effettivamente eseguite. Questa esigenza, a ben vedere, appare comprensibile solo se si supera il tradizionale inquadramento del rapporto tra soci e società in chiave di rapporto obbligatorio e lo si riconduce invece sul piano organizzativo. In tal modo riesce possibile negare il potere della società di realizzare in via coattiva il dovere di conferimento (almeno nella fase attiva). La speciale disciplina sulla liberazione dei conferimenti iniziali risponde ad un’esigenza organizzativa: la valida costituzione della società; la violazione di tale disciplina comporta la nullità della società e non l’azione per l’inadempimento. Ed anche nel caso di aumento di capitale sociale la sanzione si risolve nella responsabilità degli amministratori (quindi pur sempre in termini organizzativi).

³⁶⁰ cfr Ferri G., op.cit..

³⁶¹ Come il rapporto, così il negozio intercede tra soggetti, i quali non diventano peraltro, a rigore, elementi del negozio, e, tanto meno requisiti del medesimo, ma restano semplicemente i termini fra i quali il negozio si forma: sebbene necessari per l’esistenza del negozio, sono non dentro, ma fuori del negozio medesimo (cfr Ferri Jr, op. cit. p. 11, dove interpreta il pensiero di Santoro- Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1989).

³⁶² cfr. Ferri G. op. cit.,p. 16

più, in quella, statica ed astratta, che ne favorisce una rideterminazione in chiave di obbligo. In tal modo, il conferimento appare come *species*, proprio delle società, di un *genus* definibile come apporto, riferibile a tutti i fenomeni associativi.

Il punto messo in discussione è che il conferimento non dovrebbe essere considerato come aspetto dell'organizzazione societaria ma dovrebbe essere posto al di fuori della società stessa³⁶³. Esso rappresenterebbe per certi versi il ponte tra negozio e organizzazione, dato che il relativo obbligo appare come effetto del negozio ed il fatto corrispondente (ossia la destinazione all'attività) come presupposto dell'attività. In tal modo, si pongono le premesse per individuare il fondamento del conferimento in sé³⁶⁴.

Invero, è stato già detto³⁶⁵ che i conferimenti altro non sono che il capitale (in senso economico) investito per la produzione del lucro³⁶⁶. Quest'ultimo deve essere riguardato non solo, oggettivamente, con riferimento alla società, ma anche soggettivamente con riferimento a ciascun socio. Anche per il singolo socio in tanto può parlarsi di lucro in quanto al termine del processo produttivo vi sia una plusvalenza rispetto ai mezzi impiegati. Dunque il conferimento è strettamente collegato alla partecipazione sociale: è

³⁶³ Peraltro, la prospettiva organizzativa ha contribuito ad individuare gli oggetti autentici dei discorsi sui conferimenti: ossia il contratto di società, o i profili negoziali, e l'organizzazione sociale. Il conferimento, infatti, è visto come contenuto di una posizione riconducibile al negozio, l'attuazione del quale vale a realizzare il valore organizzativo ad esso riconosciuto.

³⁶⁴ Secondo Ferri Jr, op. cit. pp 25 e ss, il conferimento costituisce una vicenda che attiene essenzialmente al denaro. Nella dottrina tradizionale sono enfatizzati i conferimenti in natura, mentre risulta del tutto svalutata la vicenda, invece sistematicamente centrale, del conferimento in denaro. E ciò proprio perché il conferimento viene ricostruito in termini di trasferimento o di destinazione all'attività: ciò che sembra più pertinente all'ipotesi del conferimento in natura. E d'altra parte lo stesso art. 2247 c.c., in relazione all'oggetto del conferimento, parla di beni e servizi. Tuttavia, a parere dell'Autore, l'ordinamento intende sottolineare dell'oggetto del conferimento essenzialmente il significato di valore economico, piuttosto che di bene giuridico o di bene aziendale, come dimostrano l'art. 2343 c.c., ultimo comma, sulla integrazione in denaro dei conferimenti in natura, laddove necessario, e una serie di ipotesi patologiche in cui i conferimenti si prestano ad essere surrogati dal loro equivalente in denaro. La normalità dei conferimenti in denaro emerge, ancorché in termini meno netti, anche nelle società di persone, dove vale la regola che, nel silenzio dei soci, il conferimento deve farsi in denaro. In definitiva il conferimento, più che in termini di trasferimento di beni o di destinazione di elementi produttivi all'attività, sembra emergere in quelli di impiego di ricchezza da parte del socio; quindi come vicenda unilaterale piuttosto che bilaterale. In tal modo anche il fenomeno societario sembra allontanarsi dai fenomeni associativi ed avvicinarsi ad altri come i fondi comuni di investimento, l'associazione in partecipazione e, addirittura, il mutuo. Riguardato dal punto di vista del socio il conferimento appare come una operazione non più connessa alla costituzione della società ma alla creazione di una partecipazione sociale, in tal modo consentendo di considerare unitariamente conferimenti iniziali e successivi. Il valore oggetto del conferimento non viene alienato ma trasformato: economicamente in capitale di rischio, giuridicamente in partecipazione sociale (Ferri Jr, Id., pag. 346).

³⁶⁵ Di Sabato F., Capitale e responsabilità interna nelle società di persone, 1967, p. 23

³⁶⁶ Nel ragionamento del suddetto Autore è lo scopo di lucro a rendere i conferimenti essenziali per (tutte) le società, sia nel momento della costituzione che nel momento funzionale della stessa.

essenziale per l'acquisto e il permanere della qualità di socio³⁶⁷. Questa visione si inserisce nella concezione dell'esistenza di un rapporto di corrispettività fra conferimento e quota sociale³⁶⁸ - il cui valore esprime l'entità della partecipazione -, Ritiene Ferri Jr, che il conferimento sia una vicenda che si svolge nella dimensione dei valori e non in quella dei beni: una vicenda che si risolve, in particolare, nella trasformazione, ossia nella modificazione della forma giuridica, del valore oggetto di conferimento. Così, come da un punto di vista economico il conferimento appare come investimento, allo stesso modo, dal punto di vista giuridico, assume il significato di trasformazione del valore investito, e non di alienazione. In altri termini, nell'ambito del conferimento, il trasferimento della proprietà o del godimento del bene non appare finalizzato alla alienazione del relativo valore, ma alla modificazione della sua forma giuridica che si esaurisce sul piano oggettivo, e non investe, il profilo soggettivo della sua spettanza. Quel valore è e resta del socio ma risulta modificato nella forma, diventando partecipazione sociale. Il valore oggetto del conferimento, a seguito della esecuzione della prestazione strumentale, è trasformato economicamente in capitale di rischio, e giuridicamente in partecipazione sociale. Originariamente la forma di tale valore può essere la proprietà oppure il godimento, o il diritto di credito. Per quanto riguarda il denaro, la forma originaria di appartenenza si risolve nella circostanza che in ordine a tale valore non sussistono posizioni creditizie altrui. Analogamente, per il lavoro proprio la forma originaria di appartenenza è la mancanza di obbligazioni. La distinzione tra la dimensione del bene e quella del valore consente di mettere in luce che la prestazione del socio è strumentale alla trasformazione del valore dell'entità oggetto della prestazione. In altri termini, viene distinta la prestazione del socio, avente per oggetto, a seconda dei casi, moneta o beni in natura, e la prestazione di conferimento, che invece ha ad oggetto il (loro) valore.

Il conferimento, inteso come investimento, non può essere definito in termini di scambio, come dimostra il fatto che la valutazione dell'oggetto del conferimento non appare diretta a permettere ai soci di avvantaggiarsi l'uno rispetto all'altro: non appare,

³⁶⁷ Di Sabato F., op. cit., p. 13

³⁶⁸ In ciò ricollegandosi a quanto sostenuto da Buonocore V., *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960. E' proprio questo l'aspetto criticato da Ferri Jr (si veda la nota 41). Egli insiste sull'opportunità di rivedere il conferimento come una vicenda unilaterale, indipendente dal fenomeno societario.

cioè, diretta a fissare un prezzo; tanto più che nell'ipotesi normale di conferimento in denaro, siffatta valutazione nemmeno occorre³⁶⁹.

In realtà l'investimento presenta le stesse forme giuridiche del finanziamento. La differenza rispetto al finanziamento si colloca solo sul piano sostanziale: il finanziamento si risolve in una sovvenzione da parte del finanziatore a favore del finanziato, di conseguenza il ruolo della restituzione e della remunerazione assumono un ruolo del tutto marginale; la rinuncia, che giuridicamente caratterizza il fenomeno del finanziamento, è fatta da un soggetto a favore di un altro soggetto, titolare di un interesse opposto a quello del primo, il che comporta una reale alterità tra finanziato e finanziatore. L'investimento si caratterizza invece per il preminente rilievo assunto dall'intento di guadagno dell'investitore. Anche qui la rinuncia qualifica la prestazione del creditore, ma non è centrale come nel finanziamento, anzi assume un ruolo strumentale, e quindi di condizione formale, all'ottenimento del guadagno.

Nella prospettiva giuridica, invece, la disciplina dell'investimento risulta organizzata attraverso le forme giuridiche proprie del finanziamento, attraverso, cioè, la forma giuridica relativa del rapporto obbligatorio di credito-debito tra le parti. Ciò in quanto al centro della vicenda investimento sta, come nel finanziamento, un fenomeno pecuniario, un valore, o meglio una quantità. Tale quantità riesce ad assumere una forma giuridica solo attraverso le posizioni giuridiche relative di debito/credito: il valore, su un piano giuridico, assume sempre il ruolo di oggetto di posizioni relative, di credito o di debito. Dunque anche il conferimento, poiché ha ad oggetto un valore, si presta, giuridicamente, ad essere ricostruito intorno allo schema del rapporto obbligatorio, con il socio nella veste di creditore e la società in quella di debitore. Ma sul piano sostanziale non presenta né una reale contrapposizione di interessi, né un'autentica alterità tra socio e società. Ciò appare chiaro nella rinuncia: i soci rinunciano alla immediata restituzione del capitale investito, ma lo fanno in realtà a favore di stessi, come dimostra la circostanza che sono i soci a decidere di rinunciare alla rinuncia (ad es. anticipando la durata della società, o deliberando la restituzione anticipata dei conferimenti effettuati).

³⁶⁹ E' vero che nelle società di persone la valutazione è affidata agli stessi soci, ma ciò non toglie la natura discrezionale di questo potere, al punto che eventuali sopravvalutazione del proprio apporto, ovvero sottovalutazioni dell'apporto altrui, potrebbero essere considerate in termini di abuso di potere.

In termini più generali, la prestazione di investimento, seppur formalmente assume una funzione traslativa, non realizza nella sostanza una alienazione, la quale, appunto, presuppone un'alterità tra alienante e acquirente che non ricorre (limitatamente al rapporto di investimento) tra socio e società, se non in chiave strumentale. All'identità sostanziale tra creditore e debitore corrisponde un'alterità solo formale tra socio e società: alterità che in quanto formale è necessaria, non può venir meno. In tal modo si comprende il valore tipicamente strumentale della soggettività della società. In altri termini l'esigenza di ricostruire la società come soggetto autonomo rispetto ai soci risponde all'esigenza di organizzare la relativa disciplina attraverso gli schemi formali del finanziamento, ad iniziare da quello del rapporto obbligatorio. Quanto più l'alterità tra socio e società si esaurisce sul piano formale, tanto più l'operazione societaria presenta il carattere di investimento: il socio è sia creditore, in quanto investitore, sia debitore, in quanto partecipante alla società (ciò, lo si ribadisce, sul piano sostanziale). E' chiaro che se si adotta un'ottica organizzativa viene a postularsi una contrapposizione tra l'interesse del singolo e quello della collettività, ma proprio sotto il profilo dell'investimento quella contrapposizione viene meno, perché tutti i soci hanno lo stesso interesse al guadagno. Tale interesse, d'altra parte, giustifica proprio la costituzione della società, sicché i soci non possono dirsi finanziatori della stessa ma al più di stessi. Così l'investimento in società sembra assumere la veste di un auto-finanziamento, nel senso di un'operazione di finanziamento da parte dei soci investitori a favore di loro stessi.

La ricostruzione dell'investimento societario in chiave di auto-finanziamento consente inoltre di mettere in luce la posizione soltanto formale di debitore assunta dalla società. E proprio tale formalità della posizione della società permette di considerare il capitale sociale come capitale della società, mentre esso deve in realtà definirsi "proprio" dei soci.

Naturalmente, è possibile leggere la vicenda dell'investimento societario non come auto-finanziamento ma come affidamento di valori economici al fine della loro gestione: in tale diversa configurazione, allora, i soci-investitori assumono la veste di creditori- mandanti, la posizione cioè di un rapporto fiduciario che si instaura, più che con la società, con gli amministratori, ossia con i gestori del valore loro affidato. Ed, invero, precisa Ferri Jr, quella di autofinanziamento è solo una possibile forma giuridica

dell'investimento societario, che presenta limiti storici, nel senso che nell'attuale configurazione del nostro sistema è possibile questa lettura del fenomeno, ma si tratta di una configurazione relativa.

In altri termini, poiché oggetto del conferimento è il valore, questo non è oggetto del trasferimento: oggetto del trasferimento è il bene o il credito, ma il relativo valore resta in capo al conferente, non più sottoforma di diritto di proprietà o di diritto di godimento o di diritto di credito, ma sottoforma di partecipazione sociale. Dunque la partecipazione sociale non è il corrispettivo del conferimento, non si ha uno scambio tra partecipazione e bene, ma solo una trasformazione di forme di valori.

Con l'entrata in vigore del dlgs n. 6 del 2003 appare certamente entrato in crisi il rapporto tra conferimento e potere di partecipazione alla gestione dell'impresa. L'accento è stato posto sul potenziamento dell'autonomia societaria e sull'attribuzione alle società di capitali di un'ampia libertà nella ricerca dei mezzi finanziari. Ad esse è riconosciuto il potere di emettere strumenti finanziari rappresentativi di capitale di rischio anche se non correlati al riconoscimento di diritti amministrativi. Da ciò è stato dedotto che la figura del socio appare sempre più prossima a quella dell'investitore. Non è stato negato comunque che il diritto delle società (per azioni) è quello della contitolarità organizzata dell'impresa, ma è stato aggiunto che tale diritto è anche quello dell'emittente di strumenti finanziari. Il socio è ancora considerato chi apporta beni destinati al capitale, ma è anche il titolare di un tipo di strumento finanziario, non individuabile in astratto, ma solo sulla scorta dello statuto³⁷⁰. Insomma si confondono i profili del conferimento, dell'investimento e del finanziamento: il conferimento appare ora come un tipo di strumento finanziario partecipativo che, nell'ottica della società, svolge la funzione di finanziamento, nell'ottica del socio, quella di investimento. Ciò appare dovuto alla persistente considerazione di una reale alterità tra soci e società.

4. IL CAPITALE SOCIALE DAL PUNTO DI VISTA DEL SOCIO

Nella visione tradizionale, come noto, il valore in denaro dei conferimenti è espresso dal capitale sociale nominale. Dal punto di vista dei soci, il capitale sociale indica la parte indisponibile del patrimonio netto, ossia, che non può essere distolta dall'attività

³⁷⁰ Pisani Massamormile A., Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi, in Riv. Soc., 2003, p. 1297.

sociale; inoltre, funge da base di misurazione di alcune fondamentali situazioni soggettive loro riferibili, oltre ad essere termine di riferimento per l'accertamento periodico dei risultati sociali (funzione organizzativa del capitale).

Secondo Di Sabato il capitale, sotto un profilo tecnico-aziendale, corrisponde ad un fondo di valori e non a beni reali. In tal modo esso assume il ruolo di misura dell'attività economica della società, in relazione allo scopo di lucro che essa persegue. Il capitale, pertanto, si pone come strumento di misurazione del lucro oggettivamente considerato. Da un punto di vista soggettivo, invece, il capitale, frazionato per ciascun socio in ragione del singolo conferimento prestato, assume la funzione di regola che disciplina i diritti patrimoniali del socio nella società. Ma anche i diritti amministrativi (i quali altro non sono che l'aspetto positivo del rischio che il socio si assume col conferimento) sono determinati in proporzione al valore del conferimento. Pertanto, il capitale nominale assolve, in definitiva, una funzione di quantificazione sia per la società sia nei rapporti interni tra i soci, e ciò è valido per tutti i tipi sociali.

Inoltre, ritiene l'Autore che ai fini dell'acquisto della qualità di socio non è essenziale che tutto il conferimento sia imputato al capitale sociale. Nel caso specifico delle società di capitali, poi, evidenzia come non ci sia relazione tra valore nominale delle azioni e conferimento: la funzione del valore nominale è quella di individuare il trattamento che al conferimento deve essere riservato nell'organizzazione interna della società; infatti, il valore nominale può anche essere espresso, invece che in modo assoluto, in proporzione del tutto.

Secondo Ferri Jr, in tutti i tipi sociali, il capitale sociale finisce per assumere la veste giuridica di referente unitario delle quote. In tal modo la rilevanza giuridica del capitale sociale si esaurisce nella funzione organizzativa, prescindendo del tutto dal suo contenuto pecuniario.

Invero, sostiene, l'Autore, "quello di capitale costituisce (..) un concetto formale: ad esso non corrisponde (..) alcuna "realtà" alla quale eventualmente riconoscere un "diverso" valore giuridico, e, quindi, una diversa forma numerica (ossia quella percentuale di intero); proprio per tale ragione, al capitale sociale possono ricollegarsi esclusivamente quelle funzioni giuridiche che risultino coerenti alla sua "forma" pecuniaria (...). Non sembra dunque possibile ricostruire il capitale come referente unitario delle quote, quindi, la partecipazione o, meglio, il suo valore nominale, in

termini di frazione del capitale sociale, quanto è piuttosto quest'ultimo a doversi definire in termini di somma del valore nominale delle partecipazioni, e dunque dei conferimenti: ricostruzione, questa, che permette di cogliere il capitale sociale nel suo profilo, autentico, di quantità di valore espressa in termini monetari. Del resto, che la disciplina organizzativa mostri di riferirsi non già al capitale sociale, inteso nel senso di quantità di ricchezza (...), ma alle quote, lo dimostra l'assoluta irrilevanza, nell'ambito organizzativo, dell'entità assoluta del capitale, e dunque della unità di conto nella quale viene espressa"³⁷¹.

Nelle società di persone la funzione del capitale sociale di strumento di misura delle posizioni reciproche dei soci assume minor rilievo; ciò in quanto, diversamente che nelle società di capitali, i poteri amministrativi dei soci sono proporzionali alla parte (liberamente determinabile) attribuita a ciascuno nella partecipazione agli utili, quando non è prevista la maggioranza per teste o l'unanimità. Invero, nelle società di persone la disciplina del capitale sociale è molto scarsa³⁷²: in particolare, non è dettata alcuna norma per la valutazione dei conferimenti diversi dal denaro. Nelle società di capitali, invece, la specifica disciplina dettata in materia è diretta a garantire che i conferimenti promessi dai soci vengano effettivamente acquisiti dalla società e che il valore ad essi assegnato sia veritiero, ossia non inferiore all'ammontare del capitale sociale.

Nelle società di persone si distingue, poi, tra conferimenti di capitale – ossia quelli che attribuiscono il diritto al loro rimborso allo scioglimento della società – e conferimenti di patrimonio - che tale diritto non attribuiscono e che riguardano beni in godimento e le prestazioni d'opera³⁷³.

³⁷¹ Cfr. Ferri G. Jr, op. cit. pag. 210.

³⁷² Ciò viene spiegato, dalla dottrina tradizionale, con le seguenti argomentazioni: nelle società di persone, diversamente da quanto avviene per le società di capitali, anche i soci rispondono dei debiti sociali, con tutto il loro patrimonio; i diritti amministrativi non dipendono dall'ammontare conferito ma sono proporzionali alla parte attribuita a ciascuno nella partecipazione agli utili, quando non è prevista la maggioranza per teste o l'unanimità; tutti i soci hanno il diritto di partecipare agli utili ma non esiste un vincolo di determinazione dell'ammontare spettante: ove i conferimenti siano stati effettuati e valutati, la partecipazione agli utili (e alle perdite) si presume proporzionale ai conferimenti; ma se il valore dei conferimenti non è stato determinato, la parti spettanti si presumono uguali; anche per il socio d'opera la parte spettante è svincolata dal conferimento, essendo determinabile dal giudice secondo equità ove il contratto sociale nulla abbia stabilito in merito; infine, la determinazione della partecipazione agli utili e alle perdite può essere anche demandata ad un terzo arbitratore.

³⁷³ Le lacune normative in tema di valutazione e le incertezze sui cespiti che concorrono a determinare il valore complessivo del capitale sociale si riflettono poi sulla corretta applicazione delle due sole norme dettate a tutela dell'integrità del capitale sociale: l'art. 2303, che vieta la ripartizione di utili fittizi (di somme cioè che non corrispondono ad un'eccedenza del patrimonio netto rispetto al capitale sociale) e che, in caso di perdita, non consente la ripartizione degli utili finché il capitale non sia reintegrato o

Come visto nel capitolo I il capitale sociale ha più significati: dalla concezione come capitale reale (attribuita a Simonetto), alla concezione c.d. nominalistica (tra i cui sostenitori si annoverano Portale, Tantini, Di Sabato).

Le direttive poste dalla legge delega del 3 ottobre 2001, n. 366, per la riforma del diritto societario, chiarivano l'esigenza di introdurre una disciplina dei conferimenti che consentisse, alle società, l'acquisizione di ogni elemento utile al proficuo svolgimento dell'impresa sociale, a condizione che fosse comunque garantita l'effettiva formazione del capitale sociale, e, ai soci, di regolare l'incidenza delle proprie partecipazioni sulla base di accordi contrattuali; nonché semplificare le procedure di valutazione dei conferimenti in natura, pur rispettando il principio di certezza del valore a tutela dei terzi.

L'individuazione dei beni e diritti che possono formare oggetto di conferimento è uno degli argomenti più dibattuti nella dottrina commercialistica, anche prima dell'attuazione della II Direttiva del 13 dicembre 1976 n. 77/91/CEE. Il punto di partenza delle discussioni erano le seguenti considerazioni: i conferimenti contribuiscono a formare il patrimonio effettivo della società, rappresentato nell'attivo dello stato patrimoniale; il valore dei conferimenti viene cristallizzato nella voce capitale del patrimonio netto, che vincola una corrispondente parte dell'attivo, nel senso che non ne sarà possibile la restituzione – distribuzione ai soci; il capitale sociale è suddiviso in azioni, assegnate ai soci conferenti, le quali altro non sono che tante parti uguali del rapporto sociale, ovvero le partecipazioni sociali.

Da qui le diverse considerazioni sulla funzione del capitale del sociale: dai sostenitori della teoria del capitale reale (fondata sull'esigenza di garantire i creditori sociali), alla teoria produttivistica del capitale (diretta ad evidenziare la necessità di munire la società di tutti i mezzi necessari per l'esercizio dell'attività).

In questo contesto si è inserita l'attuazione della II direttiva suddetta: col d.P.R. n. 30 del 1986 è stato recepito il principio di cui all'art. 7, estendendolo anche alle società a responsabilità limitata, per cui “il capitale sottoscritto può essere costituito unicamente da elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica. Tali elementi dell'attivo

ridotto in misura corrispondente; e l'art. 2306 che vieta agli amministratori di rimborsare ai soci i conferimenti in assenza di una specifica delibera di riduzione del capitale sociale (ciò a tutela dei creditori sociali).

non possono tuttavia essere costituiti da impegni di esecuzione di lavori o di prestazione di servizi”.

Il legislatore della delega per la riforma del diritto societario si è invece posto l’obiettivo di favorire l’ingresso di nuovi valori nel capitale delle società “per il proficuo svolgimento dell’impresa sociale”, pur continuando ad assicurare la garanzia dei creditori sociali.

Mentre la caratteristica del conferimento è rimasta quella di assicurare l’effettività del capitale sociale, l’apporto comprende ogni attribuzione patrimoniale idonea alla soddisfazione di un interesse sociale. E’ stata poi introdotta una deroga al principio di proporzionalità tra valore dei conferimenti e numero di azioni assegnate al socio, e ciò proprio allo scopo di consentire alla società l’acquisizione degli elementi utili alla realizzazione dell’interesse sociale.

L’assegnazione di una partecipazione non proporzionale non sembra trovare giustificazione nei rapporti tra i soci uti singuli, bensì nei rapporti tra soci e società. Infatti, il valore delle entità non imputabili a capitale, apportate da un socio, va ad implementare il patrimonio della società e non dei singoli soci, per cui la maggiore partecipazione attribuita in considerazione dell’apporto non può essere letta come controprestazione effettuata dagli altri soci in considerazione del vantaggio indiretto che essi ritraggono.

Tecnicamente l’assegnazione non proporzionale si risolve nella emissione di alcune azioni sopra la pari (quelle assegnate ai soci che conferiscono più del valore nominale delle azioni che ricevono) e di altre sotto la pari (quelle assegnate ai soci che conferiscono meno del valore nominale).

Nella fase di costituzione, la frazione del capitale sociale attribuibile al socio che effettua l’apporto atipico potrà essere coperta con sovrapprezzo apportato dai soci che effettuano conferimenti tipici, esigendo per la formazione del contratto sociale il consenso di tutte le parti. Il sovrapprezzo invece che essere destinato a riserva è automaticamente imputato a capitale a copertura delle azioni da attribuire in corrispondenza del conferimento atipico.

Ciò è possibile anche nelle società a responsabilità limitata, ai sensi dell’art. 2468 c.c., dove comunque, già l’art. 2464, comma 2, prevede la possibilità (al pari delle società di persone) di poter conferire ogni elemento suscettibile di valutazione economica.

5. LA PARTECIPAZIONE SOCIALE: UNA DEFINIZIONE DIFFICILE

Come visto la dottrina evidenzia la relazione tra conferimento, partecipazione e capitale sociale. In realtà, un ruolo centrale viene riconosciuto al conferimento (ed in particolare al suo oggetto) e al capitale piuttosto che alla partecipazione sociale. Il concetto di partecipazione viene, infatti, svalutato sia nella prospettiva organizzativa, sia in quella tradizionale: nella prima in quanto rappresenterebbe una soggettivazione dell'organizzazione; nella seconda, in quanto la partecipazione viene comunque espressa in termini propri della dogmatica tradizionale (diritto, bene, status di parte contrattuale)³⁷⁴. La partecipazione è espressa in termini di quota, ossia come il risultato della divisione di un intero (il capitale sociale) in più parti; in tal modo è chiaro che la partecipazione viene ricostruita in funzione del capitale (l'origine) dal quale deriva. Invero, in tutti i tipi sociali, il capitale sociale finisce per assumere la veste giuridica di referente unitario delle quote. Anche il conferimento, d'altra parte, è prevalentemente analizzato in funzione del capitale sociale, perché quest'ultimo è utilizzato per determinare il valore nominale della partecipazione, valore che, appunto, attiene al conferimento.

Come visto con il conferimento il conferente acquista la qualità di socio; questa posizione viene espressa dalla partecipazione sociale. Nelle società per azioni il socio è titolare di tante partecipazioni quante sono le azioni sottoscritte. Il capitale sociale, infatti, in queste società è suddiviso secondo un criterio astratto-matematico in un numero predeterminato di parti di identico ammontare (le azioni), che prescinde, pertanto, dalle persone dei soci e dal loro numero. Il risultato della suddivisione del capitale per il numero delle azioni dà il valore nominale di ciascuna di esse e misura anche i diritti nella società e verso la società.

Sottolinea Ferri Jr³⁷⁵ che nella dottrina tradizionale esistono due diverse impostazioni per la ricostruzione del rapporto tra partecipazione azionaria e azione. Una prima impostazione definisce la partecipazione azionaria come somma delle azioni appartenenti ad un medesimo soggetto. In tal modo anche l'azione viene a rappresentare una quota che, se strutturalmente analoga alla partecipazione sociale, se ne differenzia

³⁷⁴ Cfr. Ferri G. Jr, op. cit. pag. 36, nota 69.

³⁷⁵ Cfr. Ferri G. Jr, op. cit. pag. 200 e ss.

soltanto sotto un profilo quantitativo. L'azione, quindi, esprimerebbe il valore minimo della partecipazione, sarebbe l'unità minima di partecipazione. Tuttavia, il numero assoluto di azioni spettanti al socio non dice niente circa il suo peso amministrativo o la quota di utili a lui spettanti. Nell'ambito organizzativo rileva, infatti, la percentuale che quella somma di azioni rappresenta. Da ciò, una seconda ricostruzione ha distinto l'azione - intesa come frazione astratta del capitale - dalla quota - e cioè dalla partecipazione azionaria - in quanto frazione concreta del medesimo capitale. In questa prospettiva la partecipazione sociale finisce per rappresentare non già la somma delle azioni appartenenti al singolo socio, quanto piuttosto il risultato della divisione della cifra del capitale per il numero di azioni appartenenti al socio. L'azione, quindi, viene a rappresentare l'unità di misura della partecipazione³⁷⁶.

Tornando al significato giuridico delle partecipazioni, poiché, giuridicamente, la quota rappresenta una modalità di organizzazione di una collettività, la definizione della partecipazione in termini di quota porta ad esaurirne il significato giuridico in termini di partecipazione ad un'organizzazione ed a valorizzarne i profili interni, relativi cioè ai rapporti tra i soci. In altri termini, la partecipazione viene ricostruita intorno alle posizioni amministrative e non a quelle patrimoniali. La quota posseduta dal socio, espressa in termini frazionari, viene ad esprimere il rapporto tra la sua posizione e quella della collettività, ossia la sua posizione nell'organizzazione.

Rispetto ai profili patrimoniali, la quota assume un significato esclusivamente strumentale alla determinazione del valore assoluto spettante a ciascun socio. In altri termini, operando un criterio di stretta proporzionalità tra valore percentuale della partecipazione e valore assoluto del diritto, la quota è funzionale alla divisione, proporzionale, di un ammontare complessivo di valore o di disvalore (in caso di perdite). In ciò si esaurisce il significato della partecipazione³⁷⁷.

³⁷⁶ Secondo Ferri Jr, l'azione non svolge in vero il ruolo di unità di misura dei profili veramente caratteristici della partecipazione sociale, ossia il valore nominale e quello reale. Questi risultano meglio espressi in termini pecuniari. Pertanto, l'unità di misura della partecipazione va ricercata nell'unità di conto usata per indicare i corrispondenti valori pecuniari. Inoltre, anche nella prospettiva interna ed organizzativa appare sufficiente riferirsi alla partecipazione in quanto quota: quest'ultima, poiché è espressa in percentuale, appare di per sé idonea a misurare il peso delle posizioni dei vari soci in rapporto tra loro. La misurazione della quota non richiede una specifica unità di misura, risultando sufficiente calcolare il rapporto tra il valore nominale complessivo (ossia il valore del capitale sociale) e quello relativo alla partecipazione del singolo socio. Cfr. Ferri Jr, op. cit. pp 203 – 204.

³⁷⁷ Secondo Ferri G. Jr, op. cit. pag. 125-126, "Appare invece possibile cogliere una rilevanza della quota in quanto tale, e dunque riconoscere ad essa centralità ricostruttiva (...) in quanto operi (...) un meccanismo in base al quale all'entità della partecipazione come quota venga (positivamente)

Il tentativo di dare una definizione unitaria della partecipazione sociale ha indotto la dottrina più remota (in particolare degli inizi del '900) a considerare la posizione del socio come una "res"³⁷⁸, come un'entità dotata di autonomia oggettiva. Questa tesi si ricollega alla configurazione³⁷⁹ della partecipazione come diritto di proprietà su una cosa mobile (ossia una parte del fondo sociale)³⁸⁰. Riconoscendo nelle società commerciali entità distinte dalla collettività dei soci, la titolarità della partecipazione veniva a rappresentare la titolarità su di un bene privo di utilità immediata, mentre l'uso e la gestione diretti dei beni destinati alla attività di impresa erano afferenti all'ente società.

In tal modo si avvicinava la partecipazione allo schema della proprietà di investimento che si caratterizza proprio per la separazione tra diritto e beni diretti alla produzione di utilità economiche. Attraverso la ricostruzione dei rapporti tra schemi giuridici e realtà economica si finiva per identificare la partecipazione col "denaro assente", il denaro, cioè, investito (attraverso il conferimento) nell'attività di impresa, pronto a ritornare nella disponibilità del socio a seguito del riparto finale del fondo sociale. In tal modo appariva del tutto inutile analizzare i rapporti fra il socio e la struttura organizzativa per divenire ad una diversa definizione delle partecipazioni sociali.

riconosciuto un valore giuridico diverso ed ulteriore rispetto a quello corrispondente al suo valore meramente percentuale". A tal riguardo l'Autore fa riferimento al premio di maggioranza (che, secondo l'Autore, attiene esclusivamente ai profili amministrativi, rispetto ai quali soltanto opera il principio maggioritario) e alle ipotesi in cui l'esercizio di determinati poteri venga ricollegato ad una quota di entità percentuale pure inferiore al 50%. Continua l'Autore, "risolvere la dimensione quantitativa della partecipazione sociale nel suo valore percentuale e perciò unico, induce del resto a lasciare in ombra, ancor prima della duplicità di valori, la circostanza che la partecipazione stessa si riferisce a valori economici, cioè a quantità di ricchezza, in quanto tali espressi in forma numerica assoluta e misurati in termini pecuniari". I valori assoluti, "del tutto neutri rispetto ai profili organizzativi, indicano piuttosto l'entità della partecipazione del singolo, cioè del socio in quanto tale, all'operazione di investimento (...)". "Ed invero, in tanto è possibile riconoscere all'aspetto pecuniario (...) della partecipazione sociale una posizione di centralità ricostruttiva rispetto a quello frazionario, in quanto (...) si adotti il punto di vista del (singolo) socio". Cft, Id. pag. 126, nota 17.

³⁷⁸ In effetti l'art. 418 del codice civile italiano del 1865 conteneva l'espressa qualificazione delle partecipazioni come "mobili per determinazione di legge".

³⁷⁹ Si tratta di un'interpretazione risalente alla dottrina francese di fine ottocento che, partendo dal dato normativo contenuto nel codice napoleonico del 1806, all'art. 529, riteneva che la definizione di "mobili per determinazione della legge" delle azioni fosse indipendente dai titoli documentari e rispondesse, invece, al quesito sulla natura del diritto dei soci al patrimonio sociale. Tale diritto aveva per oggetto la società nel suo complesso e non i beni di pertinenza del fondo sociale.

³⁸⁰ Naturalmente ci si rendeva conto che, sebbene l'azionista possedesse una parte del fondo sociale, le azioni dessero diritto solo alla divisione dei prodotti, finché la società rimaneva in vita.

Questa seconda prospettiva conduceva, invece, affrontando direttamente la complessità dei diritti dei soci, e classificando tali diritti, in base al loro contenuto, in patrimoniali e amministrativi, ad una qualificazione della partecipazione sociale come status³⁸¹.

In effetti la concezione della partecipazione come cosa mobile appariva in contrasto con l'essenza delle società di persone, sebbene fosse funzionale a tenere separato il patrimonio sociale di tali società, prive di personalità giuridica, dai diritti dei soci³⁸².

L'identificazione tra partecipazione e bene patrimoniale, tendente ad attribuire alla prima natura di entità reale, portava necessariamente a tradurla in un diritto su una quota del patrimonio sociale, quindi in un diritto reale.

Verso la fine degli anni '60 cominciò a farsi strada l'idea di una possibile classificazione autonoma delle partecipazioni sociali in chiave soggettiva, dando rilievo a quelle situazioni giuridiche che derivano dal contratto sociale e senza abbandonare il tentativo di una rappresentazione concettuale sintetica dell' "esser socio".

In tal modo la partecipazione appariva *come un diritto patrimoniale* che deriva in capo al socio dal contratto sociale. Ma accanto ad esso si ponevano molte altre situazioni soggettive funzionali a regolare l'organizzazione d'impresa³⁸³.

³⁸¹ Fautore di questa definizione è stato Ascarelli T. Questo quadro interpretativo si colloca nella normativa antecedente all'entrata in vigore del codice civile del 1942. quest'ultimo eliminò l'espressa qualificazione delle partecipazioni come "mobili per determinazione di legge" contenuta nell'art. 418 del codice civile del 1865. Il concetto di status è stato ripreso dalla dottrina successiva per sottolinearne essenzialmente l'indeterminatezza classificatoria e la sostanziale identificazione con altri termini come posizione giuridica o situazione giuridica. Esso è apparso per lo più come tentativo di rappresentazione unitaria della partecipazione.

³⁸² In alcune pronunce giurisprudenziali della fine degli anni '40, ai fini delle imposte dirette sui trasferimenti, si riteneva che le alienazioni di quote di società dovessero essere tassate come fossero immobili per il valore relativo alla parte immobiliare del patrimonio sociale.

³⁸³ Il contributo più alto in questo senso si deve a Rivolta G.C.M., *La partecipazione patrimoniale del socio nelle società commerciali*, Milano 1961. Egli distingueva tra situazioni soggettive patrimoniali, qualificate come diritti soggettivi non classificabili né come diritti reali né come diritti di credito (da qui la definizione, in negativo, di diritti sui generis), e situazioni organiche ed amministrative intimamente connesse e strumentali ai diritti soggettivi. Egli descriveva la partecipazione sociale attraverso un disegno stellare, con al centro un irrinunciabile diritto patrimoniale (quello alla distribuzione dei proventi sociali di qualsiasi tipo), intorno al quale ruotano le altre situazioni soggettive (i poteri amministrativi), valutate come strumentali e indispensabili per tutelare l'interesse patrimoniale del socio. Rivolta criticava aspramente la posizione di coloro che, sulla scia di Cesare Vivante, inquadrando la partecipazione all'interno del meccanismo del conferimento, la riducevano ad un diritto di credito verso la società, sottoposto alla condizione dell'esistenza di utili di bilancio e di un attivo patrimoniale al momento dello scioglimento della società: concezione che era stata fatta propria anche dalla giurisprudenza. In realtà la riduzione a diritto di credito non teneva conto del fatto che il socio è titolare di una situazione giuridica che ha una reale consistenza a prescindere dall'accadimento di determinati eventi condizionanti. Inoltre, si poneva il problema di come inserire i poteri amministrativi del socio all'interno dello schema del rapporto di credito.

Una diversa concezione della partecipazione sociale³⁸⁴, risalente alla fine degli anni novanta, ricollegandosi al problema della circolazione della stessa, ha inquadrato la partecipazione nella *condizione di parte contrattuale*. In tal modo il trasferimento della partecipazione si è prestato ad essere configurato come cessione del contratto³⁸⁵.

E' stato, tuttavia, dimostrato come il contratto di società si caratterizzi per un assetto particolare degli interessi: vi è, infatti, una compresenza genetica sia di una componente causale (propria di ogni contratto) sia di una componente organizzativa. La prima individua il risultato cui le parti tendono, la seconda indica il come si realizzerà l'attività che concretizza la causa³⁸⁶.

La nascita dal contratto sociale di un'organizzazione, alla quale partecipano le parti contrattuali, allontana le modifiche soggettive dei rapporti tra i soci e di quelli tra questi e la società dallo schema della cessione dei contratti³⁸⁷.

³⁸⁴ In particolare, Galgano F., Diritto civile e commerciale, III, Padova 1990

³⁸⁵ Questa impostazione presenta il problema dell'applicabilità degli artt. 1406 e ss. C.c., dove espressamente vengono indicati i contratti sinallagmatici non totalmente eseguiti. Il contratto di società non può qualificarsi come contratto a prestazioni corrispettive e può considerarsi eseguito nel momento in cui viene realizzato il conferimento.

³⁸⁶ In effetti con il contratto associativo si crea una posizione legittimante nell'ambito della struttura organizzativa di tipo procedimentale. Diversamente da ciò che avviene con i contratti di scambio (dove viene a formarsi un rapporto di diritto-obbligo), col contratto associativo viene a crearsi una situazione di concorso (e non di conflitto o di contrapposizione) con gli altri contraenti nel funzionamento dell'organizzazione (cfr. Farenga L. I contratti parasociali, Milano 1987). Ove per organizzazione societaria si intenda il regolamento negoziale sulla programmazione delle operazioni sociali, o l'ordinamento dei poteri sociali, s'individua una situazione giuridica del tutto strumentale che esprime il come ma non il perché si agisce giuridicamente (cfr. Spada P. La tipicità delle società, Padova, 1974). Il come si concretizza in un dovere di collaborazione tra i soci, i quali dovrebbero esercitare i diritti associativi in modo da non ledere la posizione amministrativo-patrimoniale degli altri soci all'interno della società.

Nei contratti associativi non può parlarsi della partecipazione in termini di "parte contrattuale" come nel caso dei contratti di scambio. La "parte contrattuale" si trasforma in "posizione contrattuale". L'interesse dei contraenti non è definitivamente programmato nell'assetto regolamentato delle prestazioni negoziali. Esso viene invece soddisfatto da un'attività il cui contenuto non è predeterminato ma espresso in un programma che configura l'oggetto sociale. La partecipazione, pertanto, non configura l'attesa di una prestazione predeterminata, ma esprime la cooperazione diretta ad attuare il progetto condiviso di un'attività economica. Il socio non adempie alcuna prestazione perché il contratto di società trasforma i comportamenti dei contraenti da adempimenti di prestazioni in attività regolate da procedure, attività comuni che, per consentire il massimo sviluppo possibile, vengono imputate ad una struttura organizzativa (cfr. Mistretta M., op. cit.)

³⁸⁷ In effetti, le procedure organizzative di modificazione soggettiva dell'impresa collettiva impediscono di individuare il contraente ceduto, il quale deve manifestare il proprio assenso. Questo non può essere identificato nel socio, dovendo la comunicazione della cessione della partecipazione essere effettuata alla società: società che non è pacifico se possa considerarsi parte del contratto o effetto dello stesso. Inoltre, se si considera che caratteristica dei contratti associativi è l'esistenza di reciproci obblighi di correttezza tra i contraenti, la cessione della partecipazione, se inquadrata nello schema della cessione del contratto, dovrebbe comportare sempre la comunicazione a tutti i soci per ottenerne il consenso. Cosa che potrebbe apparire compatibile con lo schema delle società di persone ma non con quello delle società a responsabilità limitata dove è sufficiente l'iscrizione nel libro soci.

Si è notato³⁸⁸, poi, che, mentre in relazione alla circolazione (aspetto dinamico) la partecipazione diventa oggetto di scambio, ossia entità oggettivamente autonoma classificabile tra i beni giuridici, da un punto di vista, per così dire, statico essa viene a consistere, nei rapporti tra soci e società, nelle singole situazioni soggettive attive e passive nelle quali si risolve la posizione del socio.

La duplice natura della partecipazione è stata così risolta in una *posizione contrattuale obiettiva*, o meglio, in una posizione che esprime un coacervo di diverse matrici obbligatorie, reali e corporative che le norme sulla circolazione fanno diventare dato oggettivato. Dal contratto sociale deriverebbero posizioni variegate e molteplici che possono essere oggetto di modificazioni soggettive (trasferimento della partecipazione). In queste ipotesi l'attività si trasformerebbe in una res immateriale soggetta al potere di disposizione del socio.

E' stato però osservato³⁸⁹ che detta qualificazione oggettiva non appare idonea a ricomprendere le partecipazioni in tutti i tipi di società: nelle società di persone l'oggettivazione non è possibile perché l'esser socio è legato agli aspetti strutturali e organizzativi dell'impresa collettiva. Così appare inutile parlare di "partecipazione sociale" se non si fa riferimento all'ulteriore indicazione dello specifico tipo sociale.

La tesi di Ferri jr ha tentato di attribuire alla nozione di partecipazione sociale un ruolo centrale nella disciplina societaria. In essa si è colta la presenza di due momenti dell'operazione di investimento: uno iniziale di spesa e l'altro finale di ricavo. In tali momenti emergerebbero i valori della partecipazione: il valore nominale, che indica la spesa, ed il valore reale, che indica il ricavo.

L'equiparazione della partecipazione sociale con l'investimento pone al centro dell'analisi giuridica la ricchezza che sta dietro questa espressione.

Secondo Mistretta p. 88, questa tesi si limita a descrivere lo spazio temporale tra un atto di investimento (il conferimento) e un atto di disinvestimento (la cessione della partecipazione). L'intervallo tra questi due momenti viene inteso come una sospensione tra la scomparsa della ricchezza nell'investimento e la sua ricomparsa nel disinvestimento. Viene posto in ombra l'aspetto riguardante l'interesse del socio a cooperare e a condividere l'attività comune. I diritti amministrativi del socio, che si manifestano in quell'intervallo temporale di ricchezza assente, infatti, secondo detto

³⁸⁸ Reviglioni P., *il trasferimento della quota di società a responsabilità limitata*, Milano, 1998.

³⁸⁹ Mistretta M. op. cit., p. 85

Autore, non sono strumentali solo a mantenere o aumentare il valore economico della partecipazione, ma possono costituire un valore in sé, come nel caso delle partecipazioni di controllo o dell'esistenza di un patto parasociale.

5.1 Segue: LA PARTECIPAZIONE NELLE SOCIETÀ DI PERSONE

L'esser socio nelle società di persone è indicato in modo estremamente raro dal legislatore. Ciò ha indotto a mutuare la qualificazione della partecipazione in società di persone da quella proposta per le società per azioni. Una analisi più approfondita ha invece ricercato negli elementi tipologici delle società di persone la soluzione a tale problema. Quest'approccio consente di individuare il perimetro all'interno del quale la volontà negoziale può determinare i modelli di partecipazione.

In primo luogo occorre osservare che si contrappongono coloro che negano³⁹⁰ il ruolo tipologico delle società di persone e quanti invece giudicano errato³⁹¹ negare alle società di persone una propria identità. Secondo Spada la società semplice e quella in nome collettivo non sarebbero vere e proprie fattispecie negoziali; si ridurrebbero invece a discipline suppletive delle lacune del contenuto contrattuale. La replica a tale tesi è che società semplice e collettiva sono tipi autonomi e che non è condivisibile che in tali tipi la scelta dei soggetti riguardi solo l'attività comune mentre tutto il resto, non rientrando nel contenuto negoziale, risalga alla legge³⁹².

Tra gli elementi tipizzanti le società di persone vengono rinvenuti, nella dottrina prevalente, la responsabilità illimitata, l'intuitus personae, la soggettività, l'organizzazione e la circolazione delle partecipazioni.

Per quanto riguarda il regime di responsabilità dei soci è stato evidenziato³⁹³ come esso rappresenti l'effetto legale che deriva dall'adozione di un certo tipo di società: la circostanza che nella società collettiva tutti i soci siano illimitatamente responsabili non

³⁹⁰ In particolare Spada P., Società. Tipi di società in generale, in Enc.giur. Treccani, XXIX, Roma, 1993

³⁹¹ In particolare Cottino G., Diritto commerciale, Di Sabato F., Capitale e responsabilità; Buonocore V., Manuale di diritto commerciale, Torino, 1997.

³⁹² Di Sabato F., op.cit. In particolare, per quanto riguarda l'aspetto dell'assunzione della responsabilità illimitata, è stato osservato che quando viene scelto un certo tipo di società si è consapevoli del regime di responsabilità che esso comporta. Le parti non scelgono un'etichetta ma la sostanza degli effetti giuridici e pratici corrispondenti al tipo. E' possibile qualificare le società semplice e in nome collettivo come tipi elementari e residuali, ma nel senso che le parti non hanno per esse altra soluzione regolamentativa se non quella di adottare la disciplina normativa. Così Oppo G., L'identificazione del tipo società di persone, in Riv.dir.civ., 1988, I, p.619.

³⁹³ Spada P., op. cit.

mette in condizione di qualificare una data società come appartenente a quel tipo; viceversa, una volta qualificata la società come in nome collettivo ne deriva la responsabilità personale e illimitata dei soci.

In effetti anche la riforma del diritto societario sembra andare in questa direzione: sia il nuovo art. 2325, sia l'art. 2462 che sostituisce il precedente 2472 c.c., intitolano non più "nozione", ma parlano più coerentemente di "responsabilità"³⁹⁴. La funzione e la ratio di questi articoli è, infatti, quella di evidenziare la disciplina che consegue all'adozione del tipo di società compiuta dalle parti.

Che la responsabilità illimitata non sia un carattere tipizzante le società di persone, lo dimostrerebbero le ipotesi normative di commistione del profilo della responsabilità illimitata con quello della responsabilità limitata³⁹⁵. Vi sarebbe una mobilità nella responsabilità dei soci che interessa sia i tipi di società di persone sia i tipi di società di capitali. L'autonomia negoziale può scegliere, all'interno di ogni tipo societario, un'intensità maggiore o minore della responsabilità di uno o più soci, mantenendo sempre l'organizzazione creata dal contratto sociale all'interno del tipo prescelto. A sua volta, il sistema giuridico può intervenire per modificare il regime prescelto quando costituisca un modo per trasferire alla collettività gli effetti secondari dei meccanismi di produzione di ricchezza.

Per quanto riguarda l'intuitus personae, anche qui le opinioni sono contrastanti: per alcuni³⁹⁶ questo animus di particolare fiducia reciproca sarebbe soltanto il riflesso della responsabilità illimitata e del potere di gestione disgiuntivo; per altri³⁹⁷ esso appare

³⁹⁴ Lo nota Mistretta M. op. cit. p. 112. Tuttavia, secondo detto Autore, il contratto sociale, relativo alle società di persone, può essere classificato tra quei negozi giuridici nei quali la volontà viene esteriorizzata anche tramite un comportamento concludente. La teoria del comportamento concludente prescrive che lo stesso debba essere volontario, ma non prevede che lo stesso agente abbia la consapevolezza degli effetti di quel contegno. Dunque i soci, attraverso un certo comportamento, scelgono un tipo di società, ma non gli effetti di quel tipo prescelto. In realtà la loro scelta cade su un modello organizzativo cui l'ordinamento fa conseguire un certo effetto. L'Autore evidenzia che le società di persone non possono essere regolate soltanto come contratto, ma devono considerarsi anche in termini di rapporto contrattuale, cioè come gestione dell'attività economica.

³⁹⁵ Nella società semplice, l'art. 2267 c.c. prevede la possibilità di un patto di limitazione della responsabilità dei soci; nelle società in accomandita semplice, nell'art. 2313, è prevista la figura del socio accomandante con responsabilità limitata al conferimento; nell'art. 2362 si prevede la responsabilità illimitata dell'unico azionista. Non si tratterebbe di eccezioni alla regola, ma si spiegherebbero con il ruolo che la responsabilità ha assunto per favorire la crescita del mercato di capitali. Così Mistretta M., op. cit. p. 119. I mercati dei capitali tendono a realizzare una cesura tra la ricchezza investita e rischi dell'attività di impresa. I vari ordinamenti giuridici reagiscono a questa irresponsabilità del capitale di rischio imponendo attenuazioni a quella separata. Id. p. 126

³⁹⁶ Oppo G. op. cit., p. 621

³⁹⁷ Simonetto E., L'intuitus personae nelle società di persone, in Riv.soc., 1990, pp 23-34

come elemento essenziale e indisponibile da parte dei soci, come elemento su cui il terzo, che entra in affari con la società, si affiderebbe. Esso assumerebbe particolare rilievo anche ai fini della circolazione delle partecipazioni sociali.

Al riguardo, come nota Ferri Jr, p. 184, anche la partecipazione in una società di persone risulta in grado di assumere il ruolo di oggetto di scambio, sebbene a tal fine occorra il consenso di tutti gli altri soci. Dunque quando si parla di intrasferibilità della partecipazione, questa espressione è utilizzata in modo atecnico, per indicare non una caratteristica oggettiva della partecipazione come tipo di beni, ma il fatto che il suo trasferimento abbisogna del consenso (unanime o a maggioranza, a seconda dei casi) degli altri soci. La previsione della clausola di libera trasferibilità della partecipazione a società di persone si differenzia rispetto al tradizionale modello di cessione esclusivamente nel fatto che il consenso dei soci è dato a priori. La circostanza che, in mancanza del consenso richiesto, il trasferimento della partecipazione è privo di effetti anche inter partes, consente di affermare che il potere di disporre della partecipazione sociale in società di persone, di regola, non spetta soltanto al suo titolare, ma appunto a tutti i soci. Proprio sotto il profilo del valore giuridico riconosciuto dall'ordinamento alla vicenda dinamica del trasferimento di distinguono la partecipazioni in società di persone da quella in società di capitali: non solo e non tanto perché nella prima si tratta di una partecipazione ad un contratto e nella seconda invece ad un'organizzazione, ma in quanto il trasferimento della prima assume il valore giuridico di modificazione (soggettiva) del contratto (e perciò richiede il consenso degli altri soci), mentre il trasferimento della seconda non comporta una modificazione dell'organizzazione, ma solo della titolarità della partecipazione stessa. Dunque la partecipazione in società di capitali assume il valore di bene che, nell'ambito del patrimonio del suo titolare acquista una posizione del tutto indipendente dal contratto (di società) che ha contribuito a crearlo. Questa differenza, secondo Ferri Jr, emerge solo se si considera la partecipazione sociale come oggetto di scambio, ma non anche quando la si riguardi in termini di strumento di investimento. Se poi si considera che il profilo della responsabilità illimitata non attiene alla partecipazione sociale, allora si può concludere che essa presenta gli stessi caratteri, sia nella società di persone sia in quella di capitali. Dunque, solo impostando la partecipazione sociale come partecipazione ad un investimento, appare possibile fare un discorso unitario sul fenomeno societario.

Atteso che l'intuitus non è una caratteristica della partecipazione in società di persone resta da vedere se la soggettività e l'organizzazione costituiscono elementi peculiari della stessa. Per quanto riguarda la prima, si sono già viste le difficoltà espresse in dottrina sul tema. Comunque potendo dire che essa esprime, in modo figurato, la mancanza di un rapporto diretto tra socio e patrimonio sociale, allora non è in grado di esprimere l'esser socio in questo tipo di società. Sotto il profilo organizzativo, e precisamente del potere dei soci, nemmeno è possibile trovare una caratterizzazione perché non è vero che il modello delle società di persone sia tipico delle strutture chiuse: l'autonomia privata può spingersi fino a modellare la società di persone con gran parte delle caratteristiche proprie delle società di capitali. Infatti è ammessa, almeno nelle società in nome collettivo, la figura dell'amministratore estraneo alla compagine sociale (permanendo comunque la responsabilità illimitata dei soci e non esistendo per i soci l'obbligo della amministrazione diretta – cosa che invece non è vera nel caso dell'accomandita semplice dove l'amministratore deve per forza essere il socio accomandatario). In definitiva potendo prevalere nelle società di persone il contenuto degli accordi contrattuali, con l'unico limite della responsabilità illimitata dei soci, la partecipazione nelle società di persone sembra proprio caratterizzarsi in termini di parte contrattuale³⁹⁸.

A seguito della riforma del diritto societario – che come noto ha interessato la società per azioni e quella a responsabilità limitata – la disciplina della partecipazione è un settore in cui è stata pienamente valorizzata la portata ordinamentale del contratto societario. L'autonomia statutaria può, infatti, incidere sul contenuto della partecipazione del socio, sia livello di diritti amministrativi, sia di diritti patrimoniali, e può dar vita a strumenti finanziari partecipativi diversi sia dalle azioni che dalle obbligazioni. In tal modo il confine tra capitale e debito oggi appare molto meno netto rispetto a passato. Così possono essere create azioni totalmente prive del diritto di voto, o limitato a certi argomenti o subordinato al verificarsi di determinate condizioni. Ciò non è però per le società a responsabilità limitata, nelle quali il diritto di voto è considerato tipologicamente essenziale ad una società che, sotto questo profilo, può dirsi personalistica. La non essenzialità del diritto di voto nelle società per azioni mette

³⁹⁸ Sul punto concordano Mistretta, op. cit. p. 170 e Ferri Jr, come evidenziato nel testo.

in evidenza come il fondamento partecipativo non possa essere più ricercato nell'aspetto gestorio³⁹⁹.

Nella società per azioni, post-riforma non rappresentando più il diritto di voto un elemento comune ed indefettibile della partecipazione azionaria, il dato normativo minimo in grado di accomunare ogni partecipazione in società per azioni è l'essere le azioni espressione del capitale sociale: solo la sottoscrizione di capitale configura l'azione come partecipazione compatibile con la tecnica azionaria. Il rapporto tra socio e attività societaria non si configura più come programmazione in comune delle operazioni sociali, ma quale concorso del primo ai risultati della seconda, e tale legame è espresso dalla quota di capitale rappresentata dalla partecipazione sociale.

Il capitale sociale, costituisce il termine di riferimento per individuare gli utili o le perdite della società ed è la base per determinare il concorso dei singoli soci ai risultati sociali. Esso, pertanto, rappresenta il profilo di rischio d'impresa per ogni singola partecipazione azionaria.

Il profilo partecipativo dell'azione o quota societaria non viene meno per il fatto che lo statuto può prevedere, tanto nelle s.p.a quanto nelle s.r.l., conferimenti non proporzionali. In effetti, tra il conferente e l'assegnatario delle azioni potrebbe non esservi una perfetta e corrispondente coincidenza, nel senso che il conferente potrebbe non essere il beneficiario di tante azioni pari al controvalore di quanto conferito ed inevitabilmente vi potranno essere soci assegnatari di un numero di azioni maggiore rispetto a quanto conferito.

Così si inserisce nell'ambito statutario una regola di autonomia che risponde ad un'esigenza prima soddisfatta con il ricorso agli istituti tradizionali del contratto a favore del terzo o dell'adempimento di terzo: regola che comunque non cambia il profilo partecipativo del singolo rapporto né le funzioni del capitale sociale.

L'assegnazione di una partecipazione non proporzionale non sembra trovare giustificazione nei rapporti tra i soci uti singuli, bensì nei rapporti tra soci e società. Infatti, il valore delle entità non imputabili a capitale, apportate da un socio, va ad implementare il patrimonio della società e non dei singoli soci, per cui la maggiore partecipazione attribuita in considerazione dell'apporto non può essere letta come

³⁹⁹ Si veda Tassani T., *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, collana diretta da G. Falsitta e A. Fantozzi Milano, 2007,

controprestazione effettuata dagli altri soci in considerazione del vantaggio indiretto che essi ritraggono.

Tecnicamente l'assegnazione non proporzionale si risolve nella emissione di alcune azioni sopra la pari (quelle assegnate ai soci che conferiscono più del valore nominale delle azioni che ricevono) e di altre sotto la pari (quelle assegnate ai soci che conferiscono meno del valore nominale).

Nella fase di costituzione, la frazione del capitale sociale attribuibile al socio che effettua l'apporto atipico potrà essere coperta con sovrapprezzo apportato dai soci che effettuano conferimenti tipici, esigendo per la formazione del contratto sociale il consenso di tutte le parti. Il sovrapprezzo invece che essere destinato a riserva è automaticamente imputato a capitale a copertura delle azioni da attribuire in corrispondenza del conferimento atipico.

Ciò è possibile anche nelle società a responsabilità limitata, ai sensi dell'art. 2468 c.c., dove comunque, già l'art. 2464, comma 2, prevede la possibilità (al pari delle società di persone) di poter conferire ogni elemento suscettibile di valutazione economica.

Mentre per le quote e le azioni l'aspetto partecipativo si risolve principalmente nell'imputazione del conferimento al capitale sociale e nel rappresentare la singola azione o quota un parte del capitale sociale, più difficile è individuare il profilo "partecipativo" degli strumenti partecipativi di cui al nuovo art. 2346 c.c.. In tal caso la "partecipazione" può manifestarsi, alternativamente, nel momento patrimoniale piuttosto che in quello amministrativo ed individuarsi, dal lato patrimoniale, nella sottoposizione del titolare dello strumento finanziario al "rischio d'impresa". Ma anche questo aspetto non consente di tracciare un sicuro confine tra tali strumenti e le obbligazioni che, dopo la riforma, possono anch'esse prevedere forme di collegamento tra la remunerazione/rimborso e l'andamento economico della società.

Gli strumenti finanziari partecipativi possono anche essere emessi a fronte dell'apporto di opera o servizi⁴⁰⁰. Essi sono strumenti estremamente flessibili, che lasciano ampio spazio all'autonomia statutaria e negoziale, e la loro causa può essere di diverso tipo: di finanziamento (con l'obbligo di rimborso), di associazione in partecipazione, ed anche

⁴⁰⁰ L'emissione di strumenti finanziari partecipativi a fronte di tale tipologia di apporto appare coerente con il divieto di conferimento di opere e servizi nelle società per azioni: essi non possono essere imputati al capitale sociale e, pur essendo possibile dotarli di diritti patrimoniali o partecipativi, non possono contenere il diritto di voto nell'assemblea generale degli azionisti. Essi perciò non attribuiscono la qualità di socio, ma possono prevedere diritti di voto limitato a specifici argomenti.

di apporto come capitale di rischio (senza obbligo di restituzione, ma privo dei diritti di voto e con diritti patrimoniali assai affievoliti). Si è distinto tra operazioni di finanziamento, apporto avente per oggetto opere e servizi, apporto di equity. Dal punto di vista contabile però si è affermata una rappresentazione fondata sullo schema dei rapporti sinallagmatici: pertanto, la remunerazione dell'apporto viene sempre registrata come componente negativa del conto economico. Tuttavia, la rappresentazione nello stato patrimoniale è diversa a seconda che l'apporto preveda o no obbligo di restituzione: nel primo caso in contropartita dell'apporto andrà registrato un debito nel passivo stato patrimoniale della società, nel secondo una riserva di patrimonio netto diversa dal capitale sociale. Gli apporti di opere e servizi restano invece fuori dal bilancio.

Questa classificazione non ha alcuna rilevanza in ambito fiscale, giacchè gli strumenti finanziari sono stati assimilati alle partecipazioni tipiche (azioni e quote sociali), purchè la relativa remunerazione sia indeducibile per l'emittente e rappresenti interamente partecipazione agli utili per l'investitore.

Tali rilievi appaiono molto importanti per comprendere l'incidenza dell'autonomia statutaria sulla disciplina fiscale.

6. IL FONDAMENTO (economico e giuridico) DELLA TASSAZIONE DEI CONFERIMENTI DI BENI

Sotto il profilo fiscale i conferimenti sono assimilati alle cessioni onerose (art. 9, comma5, Tuir). Questa scelta si giustifica compiutamente solo se si presuppone il definitivo distacco dei beni conferiti o apportati dalla sfera giuridica del disponente ed il loro acquisto da parte di un soggetto autonomo, la società.

Alla luce della riforma del diritto societario, la dottrina ha rivisitato le tesi tradizionalmente accolte in merito alla natura ed alla funzione dei conferimenti, sottolineandone i caratteri di investimento per il socio e di finanziamento per la società, piuttosto che l'idoneità ad assicurare al conferente la partecipazione alla gestione dell'impresa comune⁴⁰¹.

⁴⁰¹ Sulla scia, in particolare, di Ferri G. Jr, Investimento e conferimento, op. cit. Nella dottrina tributaristica antecedente alla riforma del 2003 nello stesso ordine di idee si era espresso Garbarino C., La tassazione delle operazioni sul capitale e sulle poste del patrimonio netto, Milano, 1993. Egli facendo leva

In questo quadro si colloca anche il problema se si possa considerare superata la visione del conferimento come atto traslativo, che è quella su cui sembra fondarsi la disciplina tributaria.

La vigente disciplina tributaria, dal punto di vista del trattamento impositivo dei proventi derivanti dal possesso delle azioni o di altri strumenti finanziari, mostra anch'essa di considerare i conferimenti e le altre tipologie di apporto come forme di impiego di capitale di rischio, più che di partecipazione all'attività sociale. Invero, la qualificazione di tali proventi come utili tassabili ai sensi degli artt. 44 e 47 del Tuir dipende dalla loro correlazione alla partecipazione ai risultati economici della società, e prescinde dal riconoscimento di diritti amministrativi ai possessori dei relativi strumenti. La riforma ha dunque modificato il concetto di utile, tradizionalmente ancorato alla remunerazione di ricchezza destinata al capitale della società ed idonea ad attribuire ai soci diritti patrimoniali e amministrativi. Nel sistema attuale, sono tassati come utili da partecipazione anche proventi che remunerano l'impiego di denaro o di beni non destinati al capitale sociale, perché oggetto di semplici apporti (imputabili o meno al patrimonio dell'ente), o che, anche se destinati a capitale, non conferiscono poteri amministrativi primari, come il diritto di voto.

Il problema della tassabilità del conferimento (di beni) attiene però alla questione della definitività dell'attribuzione patrimoniale alla società: solo in tal caso può ravvisarsi il distacco del bene dalla sfera giuridico-patrimoniale del socio e il realizzo del reddito correlato.

Tuttavia, il trasferimento appare come una circostanza importante, ma non sempre sufficiente: occorre anche che si verifichi un arricchimento del conferente. Appare chiaro che il presupposto per la realizzazione di queste circostanze è la reale alterità tra soggetto conferente e soggetto conferitario. Così, laddove si consideri la sostanziale identità tra soci e società, appare difficile intravedere un effetto di trasferimento da un soggetto all'altro. In ogni caso, anche sostenendo la separazione tra socio e società, resta sempre da verificare se si possa parlare di effetto traslativo del conferimento. Se si considera la tesi di Ferri Jr la risposta appare negativa, perché l'oggetto del

sulla separazione tra proprietà e controllo che caratterizza la moderna società di capitali, aveva concluso che gli azionisti, piuttosto che proprietari pro quota del patrimonio sociale, sono divenuti investitori che, conferendo un certo ammontare di patrimonio, sono titolari di aspettative reddituali, variamente conformate dalle norme civilistiche e tributarie.

conferimento, ricostruito in termini di valore, non si trasferisce ma si trasforma (giuridicamente), e rimane in capo al conferente, invece che sottoforma di diritto di proprietà o di diritto di credito, sottoforma di partecipazione sociale.

Nella visione tradizionale, invece, si ravvisa un rapporto di corrispettività tra conferimento e partecipazione, ed il valore di quest'ultima è visto come un arricchimento del conferente. Si afferma che nel patrimonio del conferente, il posto del bene conferito è assunto dalla quota di capitale della società partecipata, che costituisce una forma di ricchezza del tutto autonoma⁴⁰². Si deve però notare che l'arricchimento su cui si appunta la tassazione non è il valore della partecipazione, ma la differenza tra il valore normale dei beni apportati e il costo fiscalmente riconosciuto dei beni stessi.

A ben vedere anche chi ha aderito alla visione del conferimento come atto di destinazione all'attività, ha posto l'accento sul mero effetto di trasformazione della forma giuridica di appartenenza⁴⁰³, il che confermerebbe l'effetto di mero avvicendamento fra beni conferiti e partecipazioni ricevute ed escluderebbe la piena sostituzione tra beni di primo grado e beni di secondo grado. Nel conferimento non vi sarebbe scambio, ossia distacco del bene plusvalente dalla sfera giuridica originaria, ma solo avvicendamento nel patrimonio del conferente tra i beni apportati e le partecipazioni ricevute, che rappresentano la corrispondente quota-parte del patrimonio netto. Inoltre, la plusvalenza non sarebbe certa e definitiva, posto che il valore della partecipazione riflette tendenzialmente quello del patrimonio sociale, sicchè la redditività dell'affare potrà essere definitivamente accertata solo con la liquidazione della società o comunque della quota del socio in seguito a recesso o ad esclusione, nonché, ovviamente con la vendita della partecipazione. In altri termini, i beni di primo e di secondo grado rappresenterebbero, almeno tendenzialmente, lo stesso valore economico, quello dei beni reali, e la tassazione dei conferimenti comporterebbe l'acquisizione, da parte del fisco, di quota parte di incrementi patrimoniali ancora meramente sperati, con lesione del principio di effettività della capacità contributiva, proprio perché i plusvalori tassati non mostrerebbero la forza economica attuale per far fronte al tributo⁴⁰⁴.

⁴⁰² Turchi A. Conferimenti e apporti nel sistema delle imposte sui redditi, Torino 2008

⁴⁰³ Esposito R., I conferimenti in natura: contributo allo studio degli atti di riorganizzazione nel diritto tributario, Napoli 2004.

⁴⁰⁴ Lupi R., La specificazione legislativa del concetto di reddito, i riferimenti civilistici e le operazioni straordinarie, in AAVV, La fiscalità delle operazioni straordinarie, Milano 2002.

6.1 Segue: ESIGENZE DI SIMMETRIA

Secondo parte della dottrina la tassazione dei conferimenti in natura sarebbe giustificata solamente da esigenze di simmetria interna al sistema tributario (in particolare per Lupi): essa si fonderebbe sul presupposto, non espresso dalla legge ma implicito nel sistema, che l'ente conferitario possa iscrivere in bilancio e spendere ai fini fiscali i valori correnti dei beni ricevuti, desumibili dalla perizia di stima redatta ai sensi degli artt. 2343 o 2465 c.c.. In effetti, è innegabile che di tale facoltà l'art. 9, comma 2, Tuir, abbia tenuto conto nel sancire la tassazione dei conferimenti e degli apporti societari, parametrando la base imponibile al valore normale dei beni conferiti o apportati e scongiurando così, in via di principio, il rischio di salti d'imposta. Tuttavia, l'imposta è dovuta sul valore normale anche nei casi in cui questo non coincide con quello fiscalmente riconosciuto in capo alla conferitaria. E, viceversa, in alcune ipotesi la mancata tassazione del soggetto conferente non impedisce alla società di ottenere il riconoscimento fiscale dei valori correnti dei beni ricevuti.

Va però osservato che appare incoerente la scelta di considerare corrispettivo conseguito il valore di ciò che esce dalla sfera giuridica del conferente (il bene), piuttosto che il valore di ciò che entra (la partecipazione o lo strumento partecipativo). Si ritiene però che il rilievo non infici la tesi che vede nei conferimenti e negli apporti remunerati operazioni realizzative, sia perché l'art. 9 ne conferma la natura onerosa sia perché il criterio del valore normale risponde a esigenze di semplificazione⁴⁰⁵, tant'è che ad un criterio più rispondente alla concezione del conferimento come atto realizzativo si torna in presenza di conferimenti proporzionali in società quotate⁴⁰⁶.

Invero, alla luce del dibattito dottrinale in ambito commercialistico sulla natura del conferimento, si dovrebbe parlare più che di conferma, di presa di posizione a favore della tesi della natura traslativa del conferimento.

⁴⁰⁵ Turchi A., op. cit. p. 214

⁴⁰⁶ Turchi A. p. 142

6.2 Segue: LA VALENZA ESSENZIALMENTE TENDENZIALE DEL PRINCIPIO DI SIMMETRIA

Parte della dottrina lo ritiene un principio ispiratore del nostro sistema fiscale (vedi in particolare Lupi), teso ad evitare salti e duplicazioni di imposta. In effetti, in alcune fattispecie, esso appare il criterio determinante una certa disciplina impositiva. Ad esempio, i regimi di cui agli artt. 175, 176 e 177 del TUIR, in tema di alcuni tipi di conferimenti, istituiscono uno stretto legame fra le posizioni dei soggetti interessati e dettano criteri che rimettono alla stessa volontà delle parti, o assicurano ex lege, il mantenimento di un rapporto di continuità fra i valori fiscalmente riconosciuti in capo a ciascuna di esse. A tal fine, dette disposizioni abbandonano il regime ordinario di cui all'art. 9 TUIR, fondato sulla rilevanza del valore normale, e pongono a fondamento del regime di tassazione un elemento diverso, talvolta rappresentato dal dato contabile, altre volte dal non rilevanza dei valori iscritti dalle parti. Al contrario, al di fuori delle fattispecie di cui ai suddetti articoli (conferimento di partecipazioni di controllo o collegamento, conferimento di azienda e scambi di partecipazioni), il regime impositivo ordinario del conferimento di beni può comportare una asimmetria. Ciò accade innanzitutto quando, in presenza di conferimenti non proporzionali, la conferitaria decida di allibrare i beni ricevuti ad un valore inferiore a quello normale, stimato dal perito, e in tal caso si verifica una duplicazione di imposta dovuta esclusivamente alla scelta della conferitaria; o quando, dato un valore di perizia superiore a quello normale, essa iscriva i beni a tal maggior valore, e allora il salto di imposta che qui si verifica è dovuta ad una (implicita) scelta normativa di rendere indipendenti sotto il profilo delle posizioni fiscali delle parti. Comunque, in entrambi i casi non si ravvisano specifici problemi di ordine sistematico.

Talvolta, invece, l'effetto di doppia imposizione è dovuto all'impossibilità per la conferitaria di iscrivere i beni ricevuti ai medesimi valori tassati in capo al conferente: il che si verifica, oltre che nei casi in cui il valore di perizia risulti inferiore a quello normale, nelle fattispecie di sopravvalutazione dei conferimenti proporzionali in società quotate, per le quali l'art. 9 TUIR solo con riguardo alla posizione del conferente dà rilievo alla valutazione convenzionale eseguita, e non consente, invece, alla conferitaria

di contabilizzare e spendere fiscalmente i maggiori valori tassati presso il proprio dante causa⁴⁰⁷.

La duplicazione che ne deriva dimostra come, mancando disposizioni generali dirette a garantirne il rispetto, il principio di simmetria impositiva operi solo tendenzialmente nel nostro sistema.

Un altro esempio in cui parte della dottrina ritiene operi il principio di simmetria riguarda il conferimento di partecipazioni qualificate per l'esenzione. L'esenzione appare riconosciuta anche quando dette partecipazioni formano oggetto di operazioni a titolo oneroso diverse dalla cessione propriamente intesa, ma che producono i medesimi effetti giuridici, quali il conferimento, la permuta, lo scambio di azioni. Il problema che viene alla luce allora riguarda il valore della partecipazione che fiscalmente può essere riconosciuto in capo alla conferitaria, proprio in considerazione del fatto che non genera tassazione per il conferente.

Nel caso della cessione di partecipazioni esenti si afferma che “la ragione ultima per cui le plusvalenze su azioni e quote societarie non scontano imposte risiede (...) nel mancato riconoscimento fiscale del costo dell'investimento azionario per chi quelle azioni o quote ha comprato”⁴⁰⁸ e che “il venditore non è tassato sulle plusvalenze semplicemente perché lo stesso regime impedisce ai compratori di dedurre in futuro le minusvalenze o di monetizzare fiscalmente in altro modo le somme spese”⁴⁰⁹

Secondo altri, invece, “l'introduzione del regime della participation exemption non ha modificato il criterio di determinazione del costo fiscalmente riconosciuto di un bene in natura”, sicché la società cessionaria “può attribuire alla partecipazione ricevuta un valore fiscale di carico pari al valore normale determinato ai sensi dell'art. 9, comma 4, del nuovo TUIR”⁴¹⁰

In effetti, sebbene l'esigenza di evitare salti o duplicazioni d'imposta rappresenti un aspetto importante sotto il profilo sistematico, di cui il legislatore tributario ha mostrato

⁴⁰⁷ Ritiene, Turchi A., op. cit. p. 223, che “sotto questo profilo, la disciplina del conferimento diverge da quella della compravendita, che assicura all'acquirente il pieno riconoscimento fiscale del costo sostenuto: e si tratta di differenza solo in parte giustificabile, perché, se è vero che l'imputazione di costi alla conferitaria apparirebbe impropria, dato che essa non sostiene un esborso in contropartita dei beni o dei crediti ricevuti, è altrettanto vero che il costo di acquisto viene tassato come corrispettivo in capo al venditore anche quando eccede il valore normale del bene alienato, e dunque in fattispecie assimilabili a quelle di sopravvalutazione dei conferimenti”.

⁴⁰⁸ Stevenato D., Participation exemption, (dis)informazione mediatica ed “etichetta fiscale” di facciata, in *Dialoghi di dir. Trib.*, 2006, p. 818

⁴⁰⁹ Lupi R., Il travisamento mediatico di una riforma “di rigore”, in *Dial,dir,trib*, 2006, p. 825

⁴¹⁰ Pedrotti F., Gli scambi di partecipazioni sociali. Profili civilistici e aspetti tributari, 2004, p. 158

di tener conto in più occasioni, ciò non vuol dire che essa possa prevalere su altri principi (in assenza di specifiche disposizioni normative) come quello del riconoscimento fiscale del costo di acquisto di beni, a nulla rilevando il fatto che il trasferimento di tali beni generi plusvalenze non tassate perché esenti o perché realizzate da soggetti esclusi dall'IRES.

In effetti, come è stato pure osservato, la valorizzazione delle simmetrie fiscali costituisce un'importante chiave di accesso al sistema di determinazione analitica del reddito, ma, se non tipizzata dalla legge, rimane un mero strumento d'indagine dei fenomeni fiscali e non può interferire, in modo automatico, con i circuiti di formazione dei valori fiscalmente riconosciuti⁴¹¹.

Nel caso del conferimento di partecipazioni esenti la situazione si complica perché non c'è un costo d'acquisto, e, tuttavia, non esistono elementi per ritenere che la partecipazione ricevuta dal conferente debba subire, in proporzione alla quota di esenzione della plusvalenza realizzata, una riduzione del proprio valore fiscale rispetto all'ammontare del "corrispettivo", determinato ai sensi dell'art. 9, comma 2, Tuir (valore normale). Anzi proprio in virtù di questa disposizione occorre attribuire alla partecipazione in parola un valore fiscale (che appunto coincide col valore normale) rispetto al quale determinare la plusvalenza sulla quale poi applicare il regime di esenzione.

Per la società conferitaria (che riceve la partecipazione esente), poi, permane il vincolo del valore di perizia, per cui valgono le considerazioni già effettuate.

7. LA VALORIZZAZIONE DELLE PARTECIPAZIONI NON PROPORZIONALI

A seguito della riforma del diritto societario, come visto, è possibile che la partecipazione non sia proporzionale ai conferimenti: ciò però non elimina la funzione di rappresentazione della partecipazione stessa, ossia essa continua a conservare la funzione di rappresentare il grado di presenza del socio all'interno dell'organizzazione, ma senza che sia necessaria una corrispondenza con quanto conferito. La non essenzialità della proporzionalità dimostra come i diritti patrimoniali possano non essere

⁴¹¹ Beghin M., Dividendi, plusvalenze, minusvalenze e simmetrie fiscali, in Corr.trib 2007, p. 946

riconosciuti in base al conferimento effettuato, divenendo rilevante il solo valore, oggettivo e nominale, della quota del capitale sottoscritta.

Il profilo partecipativo dell'azione o quota societaria non viene meno per il fatto che lo statuto può prevedere, tanto nelle s.p.a quanto nelle s.r.l., conferimenti non proporzionali. In effetti, tra il conferente e l'assegnatario delle azioni potrebbe non esservi una perfetta e corrispondente coincidenza, nel senso che il conferente potrebbe non essere il beneficiario di tante azioni pari al controvalore di quanto conferito ed inevitabilmente vi potranno essere soci assegnatari di un numero di azioni maggiore rispetto a quanto conferito.

La partecipazione può essere riconosciuta in base al conferimento fatto da altri e, viceversa, il conferimento fatto da un soggetto può non esprimersi nella partecipazione dello stesso⁴¹².

La problematica fiscale che qui emerge riguarda i criteri normativi di determinazione del "corrispettivo conseguito". In effetti, come visto sopra, quest'ultimo corrisponde al valore normale del bene conferito, invece che al valore normale delle partecipazioni ricevute in cambio. Tuttavia, la scelta operata con la riforma del 2003 è stata giustificata proprio dalla considerazione dei conferimenti non proporzionali, che avrebbero potuto originare manovre elusive: la valutazione delle partecipazioni ricevute in cambio avrebbe potuto lasciare ai soci la possibilità di compiere valutazioni complessive del carico fiscale, lasciando che queste potessero essere prese in considerazione ai fini della scelta della distribuzione delle azioni in modo non proporzionale.

L'autonomia statutaria può infatti derogare al principio della parità di trattamento dei soci fino al punto di prevedere (come ritiene gran parte della dottrina) le ipotesi del socio non conferente e del soggetto conferente non socio. In tali ipotesi, se si applicasse il criterio del valore normale della partecipazione ricevuta in cambio, non sorgerebbero componenti reddituali perché il primo non ha effettuato nessun conferimento ed il secondo, pur conferendo un bene, non riceve nulla in cambio⁴¹³.

⁴¹² In queste ipotesi, ben difficilmente può affermarsi che la partecipazione rappresenta in modo indiretto una titolarità su un bene di primo grado ed una continuità di vincolo.

⁴¹³ Invero, i motivi che possono sorreggere l'opzione statutaria possono essere vari e più che giustificati dal punto di vista economico. Tra questi, l'esigenza di remunerare in misura maggiore il socio che si impegna a svolgere particolari incarichi nell'organizzazione o a svolgere determinate prestazioni; la diversità tra valutazione legale e quella compiuta dai soci del conferimento in natura; l'esigenza di regolare precedenti ragioni di credito, ecc. Tutti questi casi, prima della riforma, motivano il ricorso a patti parasociali.

Applicando il criterio del valore normale del bene conferito, invece, è possibile far emergere la plusvalenza il capo al secondo soggetto, pur in assenza di una qualunque utilità da quest'ultimo ricevuta. Rileverebbe il fatto che il soggetto, pur non divenendo socio, partecipa all'atto costitutivo allo scopo di effettuare il conferimento. Ed il rilievo che in questo caso non si verifica nessun arricchimento in capo al conferente è destinato a scontrarsi con la previsione espressa dell'irrilevanza fiscale dell'assegnazione non proporzionale e con la finalità antielusiva della disposizione⁴¹⁴.

7.1 Segue: E DEGLI STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

La distinzione tra conferimenti, che originano partecipazioni, e apporti, che originano strumenti partecipativi, si fonda sull'elemento della necessaria imputazione a capitale del conferimento.

Ciononostante, l'art. 9, comma 2, del Tuir, unifica conferimenti e apporti in società aventi ad oggetto beni e crediti, ai fini dell'individuazione del corrispettivo conseguito. Ciò ha fatto ritenere che in ambito fiscale socio è colui che pone in essere un "impiego" di capitale mediante apporto a società⁴¹⁵.

Invero, il punto è che così come la partecipazione societaria, che "sostituisce" il bene conferito, assume i caratteri del cespite patrimoniale e realizza, in capo al socio, un arricchimento certo e definitivo in grado di giustificare la natura realizzativa del conferimento effettuato, altrettanto potrebbe dirsi dello strumento partecipativo. Tuttavia, non in tutti i casi il rapporto tra società e titolare dello strumento finanziario partecipativo è assimilabile a quello tra società e socio.

La disciplina statutaria dello strumento finanziario può prevedere che all'apporto del bene o del servizio corrisponda, oltre che ad una aspettativa di rendimento, anche un diritto di rimborso dell'apporto medesimo. Tale diritto può essere configurato come un credito restitutorio incondizionato ed allora l'operazione si atteggerà come finanziamento. Il diritto al rimborso può essere subordinato al soddisfacimento dei

⁴¹⁴ In senso conforme anche la circolare n. 29/E del 16 febbraio 2006.

⁴¹⁵ Fedele A. La nuova disciplina Ires: i rapporti tra soci e società, in Riv.dir.trib., 2004, I, p. 465

creditori, e allora l'apporto verrà acquisito come capitale di rischio, dovendosi parlare di apporto di "quasi capitale"⁴¹⁶.

Nonostante l'apporto non sia imputato al capitale sociale, il diritto al rimborso, come diritto incondizionato sul patrimonio sociale o come diritto residuale sul medesimo patrimonio, configura la posizione giuridica del titolare dello strumento finanziario rispetto ad un cespite patrimoniale dal valore oggettivamente determinabile. Tale schema è tipicamente realizzativo.

In definitiva, mentre nei conferimenti in società la situazione soggettiva del socio assume tali caratteri in virtù del fatto che la quota societaria o l'azione rappresenta una parte del capitale sociale, negli apporti in società l'elemento fondamentale diviene il diritto incondizionato o residuale al rimborso del capitale apportato. In questa ipotesi, l'apporto darebbe luogo alla formazione di capitale di rischio, venendo acquisito come parte del patrimonio sociale. Contabilmente, potrebbe imputarsi ad una voce di riserva⁴¹⁷.

Tuttavia, se l'apporto è a fondo perduto e a fronte di esso è solo riconosciuta la semplice remunerazione collegata all'andamento economico della società, non si realizzerebbe scambio tra bene e cespite patrimoniale: la titolarità dello strumento non rappresenterebbe alcuna quota di patrimonio o del capitale sociale ed esprimerebbe una mera situazione di aspettativa rispetto a future remunerazioni, insuscettibile di valutazione economica.

7.2 Segue: E DEI VERSAMENTI DEI SOCI

I versamenti in conto capitale sono apporti eseguiti spontaneamente dai soci con modalità diverse da quelle previste dal codice civile per l'effettuazione dei conferimenti di capitale e che ne comportano l'iscrizione in bilancio tra le poste del patrimonio netto.

⁴¹⁶ Un solido orientamento dottrinale ricorre alla figura del quasi-capitale per indicare quella tipologia di rapporti di finanziamento che, pur formalmente ascrivibile al capitale di credito, contribuirebbe durevolmente allo svolgimento dell'attività di impresa (funzione organizzativa), sopportando il rischio che proviene da tale esercizio ed assolvendo ad una funzione tipicamente connessa al conferimento imputato a capitale.

⁴¹⁷ Secondo Ferri Jr, da un punto di vista economico, l'apporto di capitale in un organismo produttivo può assumere due forme, a seconda che il fornitore dello stesso abbia inteso partecipare all'alea, ovvero si attenda un corrispettivo tendenzialmente certo. A tali situazioni corrisponde la distinzione tra capitale di rischio e capitale di credito, sulla base della quale si individuano il finanziamento e l'investimento in senso stretto. L'investimento indica una determinata forma di impiego del capitale fisso, che si caratterizza per il rischio a cui è sottoposto il capitale impiegato, e si contrappone al finanziamento.

La differenza rispetto ai finanziamenti sta nel fatto che essi determinano l'attribuzione stabile al patrimonio sociale e la loro soggezione al potere dispositivo dei competenti organi, con la conseguente assenza di un obbligo di restituzione ai soci che li hanno effettuati. A tali versamenti sono assimilati quelli a fondo perduto a copertura di perdite, che si caratterizzano anch'essi per la definitiva attribuzione alla società. Codesti versamenti possono avere ad oggetto non solo somme di denaro ma anche beni o crediti. Essi devono in quest'ultimo caso essere assoggettati alla procedura di stima dell'art. 2343 c.c., se sono destinati all'aumento gratuito del capitale sociale, al fine di rispettare le regole poste a tutela dell'effettività del capitale. Analogamente, i versamenti aventi ad oggetto beni o crediti in conto capitale che non sono destinati ad aumento del capitale ma che fanno parte di un più ampio conferimento, in parte destinato a capitale ed in parte in conto capitale, sono anch'essi assoggettati a tale procedura di stima ma implicitamente: si tratta infatti di un'alternativa al versamento di un sovrapprezzo che, come stabilito dal nuovo art. 2343, comma 1, soggiace alla perizia di stima.

Secondo autorevole dottrina⁴¹⁸ l'espressione conferimenti di cui all'art. 9 del Tuir comprende anche i conferimenti che non incidono sul capitale, risolvendosi in un mero incremento patrimoniale della società ed ai quali può talvolta corrispondere un eventuale, seppur subordinato, diritto alla restituzione (come per i conferimenti in conto capitale) oppure nessuna restituzione (come per quelli a fondo perduto e le rinunzie ai crediti). A tali versamenti si applicherebbe pertanto la disciplina dei conferimenti, anche con riferimento ai criteri di determinazione delle componenti reddituali. In effetti, il regime tributario di questi apporti ne evidenzia il collegamento con le partecipazioni preesistenti, cosicché l'utile spettante in ragione delle stesse costituisce remunerazione anche per gli eventuali conferimenti in patrimonio. Inoltre, la legge sembra effettivamente considerare i versamenti in parola come conferimenti in senso stretto, laddove considera irrilevanti come sopravvenienza attiva gli apporti connessi con gli strumenti finanziari partecipativi simili alle azioni (art. 88, comma 4, Tuir) ed attribuisce ai versamenti a fondo perduto o in conto capitale effettuati dai detentori di detti strumenti lo stesso effetto di addizione al costo dei titoli (art. 94, comma 6, Tuir) previsto per i versamenti effettuati dai detentori di partecipazioni. Secondo Turchi⁴¹⁹, i regimi impositivi applicabili alle diverse tipologie di conferimento possono essere

⁴¹⁸Fedele A., La nuova disciplina Ires: i rapporti tra soci e società, op. cit.

⁴¹⁹Turchi A, op. cit., p. 192

individuati sulla scorta di tre principali variabili: l'oggetto, l'esistenza di una remunerazione, la tipologia dei soggetti disponenti.

Il rinvio alla disciplina propria delle cessioni a titolo oneroso sembra riguardare i soli conferimenti (così il comma 5 dell'art. 9). Tuttavia, il comma 2 dell'art. 9 include anche gli apporti fuori capitale fra le operazioni idonee a generare un corrispettivo conseguito. Dunque nel perimetro dell'art. 9 devono farsi rientrare solo quelle fattispecie che hanno i requisiti tipici delle cessioni onerose: in altri termini vi rientrano quelle tipologie di apporto che siano acquisite in via definitiva al patrimonio della società beneficiaria e garantiscano una remunerazione all'investitore. Non influiscono, a tal proposito, nè la destinazione del bene (al patrimonio o al capitale della società), né il carattere proporzionale o meno del conferimento, perché conta soltanto il riconoscimento di una remunerazione a fronte dell'attribuzione del bene, anche se di valore non equivalente.

Sono estranei, invece, alla disposizione gli apporti che, pur destinati al patrimonio della società, non prevedono alcuna remunerazione⁴²⁰, come nel caso dei versamenti a fondo perduto.

La remunerazione può essere costituita sia da uno strumento finanziario che riconosca diritti patrimoniali all'apportante, sia dal riconoscimento di un diritto alla partecipazione ai risultati dell'impresa. Nel primo caso, è rinvenibile un valore proprio dello strumento finanziario (anche divergente da quello della quota di patrimonio espressa), a volte negoziabile sul mercato e comunque tale da mutare la composizione qualitativa del patrimonio del soggetto che lo riceve. Nel secondo caso, la titolarità di una posizione contrattuale avente ad oggetto il diritto agli utili sembra assimilabile al possesso di azioni o di strumenti finanziari incorporanti diritti patrimoniali⁴²¹.

Neanche le fattispecie che garantiscono il rimborso rientrano in suddetta norma perché manca l'effetto tipico della cessione, ossia la definitiva fuoriuscita del bene dalla sfera giuridica del soggetto apportante. E' questo il caso dei contratti di associazione in partecipazione, qualora all'associato sia riconosciuto il diritto alla restituzione dei beni

⁴²⁰ In dottrina è stato osservato che, ai fini della tassazione dei proventi ritraibili dall'investimento, il Testo Unico assimila azioni, quote e strumenti finanziari basandosi non sulla configurazione patrimoniale degli apporti (debito o riserva di capitale) che hanno originato gli strumenti stessi, ma soltanto sulla struttura della loro remunerazione, a prescindere dal rischio connesso con l'investimento. Sul punto si rinvia al cap. II

⁴²¹ Ciò anche sulla base dell'art. 109, comma 9, lett. b), che prevede lo stesso regime di tassazione delle plusvalenze derivanti dalla cessione di titoli, per le plusvalenze derivanti dalla cessione dei contratti di associazione in partecipazione.

apportati. Problematica rimane invece la disciplina del conferimento di opere e servizi nelle società di persone dove difficilmente si riesce a rinvenire una cessione onerosa.

Dal punto di vista contabile, gli apporti irredimibili (effettuati ai sensi dell'art. 2346, comma 6, c.c.) devono essere imputati al patrimonio netto e gli strumenti finanziari emessi in contropartita dalla società devono essere iscritti in una apposita riserva indisponibile⁴²², e non in una voce di debito.

8. REGIME DI TASSAZIONE DEI CONFERIMENTI E APPORTI

Dopo la riforma del 2003, il valore⁴²³ da assoggettare a tassazione corrisponde o al valore normale dei beni o crediti apportati, se i titoli ricevuti in cambio non sono quotati in mercati regolamentati; o alla media aritmetica dei prezzi dell'ultimo mese delle azioni o dei titoli ricevuti in corrispettivo, se questi sono quotati e se il conferimento è remunerato in misura proporzionale. Il prezzo medio dell'ultimo mese non rileva come corrispettivo conseguito, ma soltanto come parametro minimo di tassazione dei conferimenti proporzionali in società quotate. Quindi, nel primo caso si guarda sempre al valore normale del bene apportato o conferito, nel secondo caso, invece, può rilevare il prezzo medio di mercato del titolo se maggiore rispetto al valore normale del bene conferito o apportato. Ma ciò è vero solo per i conferimenti proporzionali, in cui manca la valorizzazione convenzionale dell'apporto. Ai conferimenti non proporzionali si applica, invece, sempre il criterio del valore normale, e ciò per ragioni essenzialmente antielusive, tese a sterilizzare le componenti reddituali che potrebbero derivare da forme di valorizzazione convenzionale⁴²⁴ dei beni o dei crediti giustificate da mere ragioni di convenienza fiscale⁴²⁵.

⁴²² Così l'OIC nel principio contabile n. 2

⁴²³ Si osserva che l'art. 54, comma 4, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, disponeva che "in caso di conferimento in società la plusvalenza è determinata con riferimento al valore delle azioni o quote ricevute, assumendo come tale la media dei prezzi di compenso dell'ultimo trimestre se si tratta di azioni quotate in borsa e il valore normale dei beni conferiti in ogni altro caso". Nella sua formulazione originaria, l'art. 9, comma 2, del Tuir prevedeva che "in caso di conferimento in società o in altri enti si considera corrispettivo il valore normale delle azioni o titoli similari ricevuti se quotati in borsa o negoziati al mercato ristretto e quello dei beni conferiti in ogni altro caso". Il riferimento al valore normale dei beni conferiti in ogni altro caso diverso dai conferimenti in società quotate era stato soppresso dall'art. 1 della legge n. 503 del 1994, in sede di conversione del d.l. n. 416 del 1994, creando un vuoto normativo poi colmato con la riformulazione di detta disposizione attuata dal d.lgs. n. 344 del 2003.

⁴²⁴ Situazioni paradigmatiche di conferimenti non proporzionali sono considerate: l'assegnazione di azioni ad un socio che, senza effettuare conferimenti, apporti servizi di cui la società necessita;

Qualora alle azioni o ai titoli ricevuti venga attribuito un valore inferiore a quello dei beni o dei crediti conferiti, il conferente finisce per essere penalizzato⁴²⁶, posto che egli paga l'imposta su un plusvalore (determinato in base al valore normale del bene conferito) che non gli viene riconosciuto dalla società in sede di assegnazione della partecipazione. Tuttavia, dal punto di vista fiscale, è quel valore tassato che diviene rilevante ai fini della valorizzazione della partecipazione.

Invero, se la società non è quotata, ciò sembra rispondere (come tipico del diritto tributario) ad una esigenza di semplificazione e certezza: l'introduzione di un criterio di tassazione (quello del valore normale) facilmente applicabile esonera il conferente dalla necessità di valutare il patrimonio netto della società conferitaria e gli consente di assumere ai fini reddituali i valori attestati dal perito in sede di stima redatta ai sensi degli artt. 2343 o 2465 c.c.

Però se il conferimento interessa una società quotata queste esigenze di certezza vengono meno; eppure la norma, nel riferirsi al prezzo medio di mercato dell'ultimo mese, non lo considera corrispettivo conseguito, ma parametro minimo di tassazione del conferimento. Di conseguenza, in questo caso di sottovalutazione della partecipazione ricevuta in cambio del conferimento, la penalizzazione appare irrazionale, e l'unica ragione che sembra potersi ravvisare alla base di questa disposizione è una esigenza di gettito⁴²⁷.

Se poi il conferimento è sopravvalutato (cioè il valore di mercato della partecipazione è superiore a quello dei beni conferiti), per effetto del riferimento al prezzo medio di

l'assegnazione di azioni ad un socio il cui conferimento in natura sia stato valutato dal perito meno di quanto abbiano fatto i soci stessi, intenzionati comunque a mantenere l'originaria proporzione nell'attribuzione delle partecipazioni; l'assegnazione di azioni ad un socio che, oltre al conferimento in misura analoga a quella degli altri soci, si obbliga ad effettuare prestazioni accessorie. Cfr. Bocca R., Commento all'art. 2346, commi 1 e 5, c.c., in AAVV, *Il nuovo diritto societario*, vol. I

⁴²⁵ Cfr. la relazione di accompagnamento allo schema di articolo predisposto dalla Commissione Gallo. Ha osservato in proposito Tassani T., *Autonomia statutaria*, op. cit. p. 289 che il legislatore ha inteso evitare che la distribuzione delle partecipazioni non proporzionali ai conferimenti effettuati potesse perseguire intenti di ripartizione dei valori fiscali al fine di attenuare complessivamente la tassazione dei componenti reddituali derivanti dai conferimenti.

Il riferimento al valore normale, indubbiamente comporta una semplificazione ed una maggiore certezza agli operatori, dal momento che il conferente non è tenuto a valutare il patrimonio netto della società conferitaria, e può assumere, in via generale, i valori attestati dal perito in sede di stima redatta ex artt. 2343 o 2465.

⁴²⁶ Pur avendo realizzato una minusvalenza, il conferente si ritrova a subire una tassazione come se si trattasse di una destinazione a finalità estranee. Cfr. Esposito R., *I conferimenti in natura. Contributo allo studio degli atti di riorganizzazione nel diritto tributario*, Milano, 2005

⁴²⁷ così Turchi A. op. cit. p. 217

mercato come soglia minima di tassazione, l'imposizione si appunta su quel prezzo di mercato e non sul valore normale del bene o credito conferito⁴²⁸.

Il corrispettivo conseguito assoggettato a tassazione rappresenta, comunque, il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione attribuita al soggetto conferente e corrisponde sempre al valore normale (sia in caso di conferimento proporzionale, sia di conferimento non proporzionale) se la società non è quotata. Se però la società è quotata rileva il maggiore tra il valore normale e il prezzo medio di mercato (se il conferimento è proporzionale). La plusvalenza assoggettabile a tassazione è pari alla differenza tra costo fiscalmente riconosciuto del bene conferito e corrispettivo conseguito. Il fatto che, in caso di sopravvalutazione della partecipazione, rilevi sempre il valore normale del bene o credito conferito (nelle società non quotate) e non l'accordo contrattuale sulla valorizzazione della partecipazione, secondo alcuni, ed anche secondo l'Agenzia delle Entrate, risponde all'esigenza di postergare all'atto della cessione la tassazione delle plusvalenze che emergono per effetto della non proporzionalità⁴²⁹.

9. IL VALORE FISCALMENTE RICONOSCIUTO DELLA PARTECIPAZIONE SOCIALE

Il problema della valorizzazione delle partecipazioni sociali viene visto in stretto collegamento con la distinzione tra beni di primo e secondo grado e con il principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti dei beni relativi all'impresa.

Secondo Falsitta⁴³⁰ "ogni conferimento dà luogo a uno scambio di beni tra due distinti patrimoni e ciò nel modo più pieno e completo. L'oggetto dell'apporto esce dal

⁴²⁸ Questa disposizione, entrata nell'art. 9, con la riforma fiscale del 2003, recepisce l'orientamento della giurisprudenza di legittimità espresso nelle sentenze Cass., 25 giugno 1998, n. 6300 e Cass., 8 ottobre 2001, n. 12343. Con esse la giurisprudenza aveva ritenuto rilevanti, ai fini della tassazione dei conferimenti, gli accordi contrattuali delle parti in merito alla valorizzazione della partecipazione ricevuta in cambio. Tuttavia, la disposizione introdotta dalla riforma è stata limitata ai soli conferimenti proporzionali in società quotate, sterilizzando così l'effetto della non proporzionalità.

⁴²⁹ Leo M., *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, Milano, 2006; risoluzione n. 29/E del 16 febbraio 2006. Ad esempio due soggetti A e B che in sede di costituzione di una srl effettuino due conferimenti di eguale valore 100 ma ricevano partecipazioni non proporzionali, rispettivamente del 30% e del 70%; in questa ipotesi, se il corrispettivo del conferimento non fosse rappresentato dal valore normale dei beni conferiti (100), ma dovesse essere determinato in base al patrimonio riconosciuto alla conferitaria, a B sarebbe ascrivibile un plusvalenza di 40 pari alla differenza tra la quota del patrimonio netto (140) e il valore fiscalmente riconosciuto dei beni conferiti (100).

⁴³⁰ Falsitta G., *Le plusvalenze nel sistema dell'imposta mobiliare*, Milano 1966, p. 367

patrimonio del conferente ed entra nella piena ed esclusiva disponibilità della società conferitaria: correlativamente entra nel patrimonio del conferente la partecipazione sociale, *entità completamente autonoma rispetto ai beni oggetto dell'apporto e al patrimonio sociale nel suo complesso*⁴³¹. Essa ha un valore nominale, ed un valore reale, che pur potendo non coincidere con quello nominale, è sempre determinabile in una precisa somma di denaro. Ciò è particolarmente evidente allorché la partecipazione si concretizza in un titolo cedolare che è l'azione. Le azioni quotate in borsa hanno un valore determinato. Ma sono egualmente di valore facilmente determinabile le azioni non quotate e tutte le restanti partecipazioni, così in società di persone che in società di capitali. Sta bene che in tale secondo caso la partecipazione non si concretizza in un documento di facile circolabilità e negoziabilità come l'azione, assimilabile, sotto questo profilo, ai titoli di credito. Tuttavia anche la partecipazione non azionaria è una entità suscettibile di vicende traslative, o costitutive di particolari diritti reali (usufrutto e pegno), di misure esecutive, autonoma rispetto ai beni conferiti e al patrimonio sociale⁴³². Ne consegue che in caso di vendita della partecipazione, oggetto della stessa è il titolo o la quota e non i beni sociali. Dunque occorre tenere presente la distinzione tra beni di primo grado e beni di secondo grado⁴³³. I beni di primo grado sono quelli che formano il patrimonio della società; i beni di secondo grado sono le partecipazioni. In linea di principio, il valor dei beni di secondo grado va tenuto distinto da quello dei beni di primo grado⁴³⁴.

Qual è il valore della partecipazione fiscalmente rilevante? Come visto nel caso del conferimento esso coincide col valore normale del bene.

Con riferimento allo scioglimento del rapporto partecipativo, il valore della partecipazione fiscalmente rilevante è stato rinvenuto direttamente nel bilancio sociale:

⁴³¹ Corsivo mio

⁴³² Questa conclusione è dall'Autore fondata sulle seguenti premesse (Id. p.363): 1. la società (di qualunque tipo) è un soggetto di diritti distinto dai soci, di conseguenza il conferimento di un bene in società comporta la perdita del dominio del bene da parte del conferente; 2. il patrimonio sociale è cosa altrui, non può considerarsi come comproprietà dei soci; i beni conferiti non rimangono pertanto proprietà comune dei soci ma costituiscono il patrimonio nella società; 3. la partecipazione sociale è un coacervo di diritti; tuttavia, il nucleo essenziale è formato da un diritto di partecipazione ai proventi sociali (e non ai soli utili), rispetto al quale i diritti di natura amministrativa ed organizzativa si collocano su di un piano di subordinazione e di accessorietà; è il diritto di partecipazione che attribuisce alla quota sociale la sua rilevanza economico-patrimoniale e fa di essa una entità dal valore ben definito.

⁴³³ Nell'ambito della dottrina commercialistica questa distinzione risale a Ascarelli, *Riflessioni in tema di titoli azionari*....Milano, 1955

⁴³⁴ Si veda anche Falsitta, *La tassazione delle plusvalenze e delle sopravvenienze nelle imposte sui redditi*, Padova 1978, p. 109

esso sarebbe costituito dalla somma del capitale sociale e delle riserve divisa per il numero delle partecipazioni. Per effetto della gestione il capitale iniziale si incrementa attraverso l'impiego di utili non distribuiti e degli eventuali conferimenti successivi. Il valore fiscale della partecipazione è quindi dato dalla somma dei conferimenti iniziali, dei conferimenti successivi e delle quote di utili non distribuiti ridotta dell'importo delle passività⁴³⁵ (ai tempi dell'IRM non c'era la norma sullo scioglimento del vincolo sociale e fino alla riforma del 1986).

Secondo Porcaro, le partecipazioni sono sì beni di secondo grado distinti dai beni di primo grado, e tuttavia indissolubilmente connessi con questi ultimi. Poiché con la nozione di beni di secondo grado si vuole indicare quella particolare categoria di beni (le partecipazioni) che rappresentano pro quota il patrimonio netto della società partecipata, e, più precisamente, non le singole poste del patrimonio netto, ma le attività e le passività della società partecipata, allora esse non hanno alcun valore intrinseco, visto che il loro valore è un riflesso del patrimonio della società partecipata, e ciò appare ancor più evidente quando si tratti di quote e non di azioni⁴³⁶. E' pur vero, secondo l'Autore, che i beni di secondo grado si comportano e circolano come quelli di primo grado (ossia che sono assimilabili ad un qualunque altro bene mobile), ma ciò che in fondo circola altro non è che il diritto sul patrimonio della partecipata: pertanto, con il conferimento si diventa titolari di beni di primo grado, rappresentati dai beni di secondo grado.

In virtù di questa dipendenza, e tenuto conto del principio secondo cui il costo è un investimento, in linea di principio, quando si verificano variazioni del patrimonio netto (inteso come differenza tra attività e passività) anche il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione deve adeguarsi.

⁴³⁵ Falsitta, le plusvalenze nel sistema, op. cit. p. 430.

⁴³⁶ Porcaro, La restituzione dei conferimenti e la valutazione delle partecipazioni sociali, in Riv.dir.trib. 1993. Nella dottrina commercialistica più risalente, in effetti, il diritto alla qualità di socio è stato considerato come un diritto essenzialmente patrimoniale, da cui la denominazione di diritto di quota, perché ha come riferimento il patrimonio della società. Ciò è stato desunto, oltre che dalla natura del contratto di società, anche dalle norme dettate a tutela del patrimonio sociale. In proposito sono state richiamate le norme relative ai diritti di recesso, di quota di liquidazione, di opzione e quelle relative all'unico azionista e all'espropriazione della quota sociale nelle srl (cfr Buonocore V., Le situazioni soggettive, op.cit.). In tutti questi casi l'Autore ha evidenziato il contenuto patrimoniale del diritto alla qualità di socio e come il patrimonio sociale sia strumentale rispetto all'interesse del singolo. Egli ha insistito sulla natura di vero e proprio diritto soggettivo del diritto di partecipazione, prescindendo dalla questione se debba considerarsi diritto di credito o diritto reale. Inoltre, ha ritenuto l'Autore, che la qualificazione della posizione del socio nella società appare come un problema che si pone nei medesimi termini in tutti tipi sociali, a prescindere dal riconoscimento della società come persona giuridica.

Così la retrocessione dell'investimento (ossia di quelle poste del patrimonio netto derivanti dal conferimento) deve ridurre il costo della partecipazione (anche per l'operare del principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti). Se così non fosse, in caso di liquidazione della partecipata, il socio si vedrebbe restituita una somma sicuramente ridotta rispetto al valore iniziale della partecipazione, con la conseguente realizzazione di una perdita. Tale perdita, se la partecipazione fosse detenuta in regime di impresa, sarebbe fiscalmente rilevante come sopravvenuta insussistenza di attività.

Anche Lupi⁴³⁷ ha ritenuto che i beni di secondo grado altro non sono che “pezzi di carta” e che il conferente si ritrova a possedere, per il tramite della partecipazione sostanzialmente quanto possedeva prima. Del resto le partecipazioni attribuite al conferente non tengono conto solo del valore assoluto dei beni conferiti, ma del loro valore comparativamente al patrimonio della conferitaria, tenendo conto delle sue plusvalenze latenti, del suo avviamento e quant'altro. Questa appare la sostanza civilistica del conferimento⁴³⁸.

Queste posizioni sembrano contrapporsi in ragione della diversa interpretazione della relazione tra beni di primo e beni di secondo grado. Tuttavia, la conclusione in merito al valore che fiscalmente rileva della partecipazione sembra la stessa: esso dipende, in prima approssimazione, dal patrimonio netto della società.

Diversa appare la posizione di quella dottrina che identifica il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione in quello assoggettato a tassazione in capo al conferente. Questa visione si inserisce nella più ampia considerazione del conferimento

⁴³⁷ Lupi R., Conferimenti in natura senza regole, tra salti di imposta e doppie imposizioni, in *Rass.trib.* 1225 ss.

⁴³⁸ Occorre tener presente che il ragionamento di Lupi è diretto a dimostrare che il conferimento non rappresenta un arricchimento per il conferente e che la valorizzazione della partecipazione al valore normale dei beni conferiti è solo ispirata a esigenze di simmetria fiscale, direttamente derivanti dal principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti. In tale prospettiva, per l'Autore sarebbe più corretto valorizzare la partecipazione applicando il disposto dell'art. 9, comma 4, Tuir, dove, con riferimento alle società non quotate e non azionarie (lett. b), si fa riferimento al patrimonio netto della conferitaria per l'individuazione del valore normale. Nel caso delle società quotate, rileva lo stesso Autore, il riferimento al prezzo medio di mercato dei titoli ricevuti, ai fini della determinazione della plusvalenza tassabile in capo al conferente, è in grado di generare comunque un'asimmetria rispetto al valore di carico dei beni da parte della partecipata. Ciò a causa delle oscillazioni di borsa, spesso puramente emozionali e contingenti. Così la discrepanza tra il valore tassato in capo al conferente e quello riconosciuto alla conferitaria può essere utilizzata per lucrare salti d'imposta quando la quotazione dei titoli è molto bassa.

come atto realizzativo di plusvalori tassabili, come atto, cioè, di scambio tra un bene (quello conferito) e un altro bene (la partecipazione ricevuta in cambio)⁴³⁹.

Già Boria⁴⁴⁰ aveva rilevato che, avendo il legislatore fiscale mostrato chiaramente la sua preferenza per una ricostruzione del conferimento come atto funzionale a garantire un incremento patrimoniale del conferente mediante trasferimento di un diritto soggettivo ed acquisto di un altro diritto soggettivo, configurandolo così come atto di scambio, la quantificazione di tale incremento patrimoniale, che avviene applicando il criterio del valore normale dei beni conferiti, rileva anche per le partecipazioni ricevute, che vanno, quindi, valorizzate a tale valore normale.

L'equiparazione dei conferimenti ai trasferimenti a titolo oneroso equivale a fissare nel valore normale, insieme agli oneri accessori di diretta imputazione sostenuti in occasione dell'acquisto, anche il valore fiscalmente riconosciuto dei beni conferiti da iscrivere nel bilancio della conferitaria. In tal modo si evita l'imputazione pro quota ai singoli soci della plusvalenza maturata prima dell'attribuzione di un bene all'impresa ed al contempo permette di evitare l'affrancamento della plusvalenza che maturerà dopo l'attribuzione del bene all'impresa.

Simili effetti, sostiene l'Autore, rappresentano una conseguenza inevitabile della disciplina dei beni di secondo grado, stante la distinzione delle vicende relative a questi ultimi ed ai beni di primo grado.

In effetti, il principio secondo cui, in ipotesi di una pluralità di trapassi successivi del medesimo cespite, il valore finale per l'alienante è anche il valore iniziale per l'acquirente (principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti), si fonda sulla circostanza che in capo all'alienante quel valore è stato assoggettato a tassazione. L'applicazione del principio di continuità crea così un collegamento rigido non solo tra i valori che lo stesso bene deve assumere nel passaggio da un periodo a quello

⁴³⁹ Che la partecipazione sia un bene distinto rispetto al patrimonio sociale è stato messo in luce, oltre che sotto il profilo giuridico dell'autonomia soggettiva e patrimoniale della società (con o senza personalità giuridica), anche sotto il diverso profilo oggettivo del contenuto organizzativo della partecipazione: questa, a parte le considerazioni in ordine all'eventuale assenza di diritti amministrativi e alle partecipazioni di minoranza, non attribuisce il potere di gestire direttamente la cosa conferita. Il socio acquista il potere di partecipare alla gestione collettiva dei beni apportati ma non ha più la disponibilità diretta di quanto conferito. Il suo diritto (di partenza) sul bene conferito si trasforma in un altro diverso diritto, quello di partecipazione alla gestione e agli utili.

⁴⁴⁰ Boria P. Il principio di trasparenza nelle società di persone, Milano 1996.

successivo, ma anche in ipotesi di sua circolazione da un soggetto all'altro. In tal modo vengono scongiurati salti di imposta e duplicazioni⁴⁴¹.

L'applicazione di tale regola di diritto, però, presuppone che il bene della cui valutazione si tratta sia sempre lo stesso. Detta regola disciplina il modo di valutazione del medesimo bene in successive e distinte determinazioni reddituali. Perciò se i beni sono diversi, quella regola è totalmente inutilizzabile.

Fa un ragionamento diverso Lupi, il quale, pur ritenendo che i beni o le somme di denaro conferiti, oltre a costituire il primo nucleo di valori fiscalmente riconosciuti della conferitaria, pongano le basi per la valorizzazione della partecipazione in capo ai soggetti conferenti, arriva a diversa conclusione circa il ruolo del criterio di tassazione del valore normale dei beni conferiti. Egli, in primo luogo, puntualizza che per i conferimenti in denaro la valorizzazione avviene in base al prezzo di sottoscrizione, aumentato degli oneri accessori, a nulla rilevando il valore normale delle azioni sottoscritte, in ipotesi più alto o più basso⁴⁴². Quest'ultimo valore rileva nel caso di conferimenti in natura in società quotate: esso è pari alla media aritmetica dei prezzi rilevati nell'ultimo mese. Per quanto riguarda i conferimenti in natura nelle società non quotate la regola sarebbe che la valorizzazione iniziale della partecipazione deve far riferimento al valore normale dei beni conferiti. Tuttavia, sulla scia di una modificazione legislativa che aveva troncato la disposizione di cui all'art. 9, comma 2, Tuir, lasciando, per un lungo periodo, i conferimenti in società non quotate privi di regole in merito alla loro valorizzazione, l'Autore ha colto l'occasione per ribadire che in realtà la regola di valorizzazione più coerente dal punto di vista sistematico sarebbe quella che fa riferimento al valore normale delle partecipazioni ricevute in cambio, invece che al valore normale dei beni conferiti, anche nel caso di società non quotate. Tale regola sarebbe contenuta nel comma 4, lett. a), dell'art. 9 che richiama la valorizzazione dei titoli ricevuti in proporzione al valore del patrimonio netto della società non quotata e di quella non azionaria⁴⁴³.

⁴⁴¹ Falsitta G., Significato e limiti dell'efficacia vincolante del "valore fiscalmente riconosciuto" dei beni dell'impresa nella determinazione delle plusvalenze tassabili, in *Dir. E prat.* 1972

⁴⁴² Lupi R., Conferimenti in natura senza regole, tra salti di imposta e doppie imposizioni, in *Rass.trib.*, 1995, p. 1224 ss. L'articolo è stato scritto in occasione della modifica apportata all'art. 9, comma 2, del Tuir, dal d.l. n. 416 del 1994, che aveva espunto dalla norma anzidetta ogni riferimento al valore normale dei beni conferiti nel caso di conferimenti in società non quotate.

⁴⁴³ Il punto più contrastato in merito ha riguardato il termine di riferimento per la valorizzazione: doveva farsi riferimento al patrimonio netto contabile o a quello determinato in base ai valori di mercato delle

Il punto centrale del pensiero di Lupi riguarda però le ragioni sottostanti l'imponibilità delle plusvalenze realizzate in sede di conferimento. Tale imposizione, più che connessa alla determinazione del valore della partecipazione, è diretta a chiudere il sistema (principio di simmetria): l'iscrizione nel patrimonio della società ai valori correnti dei beni conferiti dai soci è controbilanciata dall'imposizione in capo al conferente. Se così non fosse si avrebbero salti di imposta, potendo, da una lato, la conferitaria beneficiare di minori redditi futuri a seguito dell'iscrizione dei beni ricevuti in conferimento ai valori correnti, e, dall'altro, il conferente mantenere la partecipazione al valore fiscalmente riconosciuto dei beni conferiti. Tuttavia, la valorizzazione della partecipazione al valore normale dei beni conferiti e l'assoggettamento della plusvalenza a imposizione non sono strumenti in grado di realizzare una perfetta simmetria tra la posizione fiscale del socio e quella della società, potendo risultare (anche a seguito di un accertamento) una discrepanza tra valore normale e valore di perizia emerso in sede di stima. Per tale ragione, l'Autore ha ritenuto che l'unico modo per assicurare la simmetria delle posizioni fosse quello di stabilire che la plusvalenza in capo al conferente si determinasse in base al valore dei beni conferiti così come iscritti nel bilancio della conferitaria⁴⁴⁴.

Invero, per quanto riguarda il valore fiscale da attribuire ai beni o ai crediti ricevuti dalla società conferitaria, questo può sia coincidere con quello tassato in capo al conferente, sia identificarsi con quello iscritto nella contabilità della conferitaria (nei limiti della stima peritale). Solo nel primo caso verrebbe garantita la piena simmetria fra le posizioni delle parti, e per tale motivo, in dottrina viene talvolta sostenuta. Tuttavia, la dottrina⁴⁴⁵ prevalente (tra cui lo stesso Falsitta e lo stesso Lupi) propende per la

attività al netto delle passività? Secondo Lupi occorre far riferimento al patrimonio netto contabile perché questo è già influenzato dal valore dei beni conferiti, così come presi in carico dalla conferitaria. In tal modo si sarebbero superate potenziali asimmetrie tra plusvalenza tassata in capo al conferente e valore fiscalmente riconosciuto in capo al conferitario. L'Amministrazione finanziaria invece ha sempre sostenuto che per la determinazione del valore normale delle azioni, delle quote di società non azionarie e dei titoli o quote di partecipazione al capitale di enti diversi dalle società, dovesse farsi riferimento al valore effettivo del patrimonio netto della conferitaria (cfr ris. 3/E, 8 gennaio 2002, ris. 29/E, 20 marzo 2001).

⁴⁴⁴ In tali argomentazioni è già possibile ravvisare, in via embrionale, la soluzione adottata dal legislatore della riforma del 1997, contenuta nell'art. 3 del dlgs n. 358 del 1997 e confermata dall'art. 175 del Tuir post riforma del 2003.

⁴⁴⁵ Falsitta G., Appunti in tema di iscrizione dei conferiti nel bilancio della conferitaria ovvero "quandoque bonus dormitat Homerus, in Rass.trib., 1988, II, p. 989, ritiene che "il criterio di iscrizione dei beni conferiti nel bilancio della conferitaria avente rilevanza in ambito fiscale è quello stesso vincolante ai fini della formazione del bilancio commerciale". Riconoscono l'eventualità di una

seconda soluzione, dando rilievo anche fiscale alle regole civilistiche, ed ammettendo la possibilità di una differenza tra valore riconosciuto al conferente e valore riconosciuto alla conferitaria, con conseguente possibilità di duplicazione o salti d'imposta.

Il punto è che la valorizzazione convenzionale della partecipazione sociale (in particolare se sopravvalutata rispetto al valore normale del bene conferito) può essere considerata rilevante ai fini della tassazione del conferente⁴⁴⁶ (e quindi anche ai fini del riconoscimento fiscale del valore della partecipazione); essa, invece, non incide sulla posizione della conferitaria e dunque sul riconoscimento dei valori fiscali dei beni ricevuti⁴⁴⁷.

In merito al rapporto tra tassazione sopportato dal conferente e valore fiscalmente riconosciuto della sua partecipazione va però osservato che non sempre si realizza una tale equivalenza. Il conferimento può risultare talvolta risultare intassabile per ragioni di ordine soggettivo o oggettivo. Dal punto di vista soggettivo, la legge può prevedere specifici regimi di esclusione legati allo status del conferente. Dal punto di vista oggettivo si può citare il caso del conferimento di partecipazioni esenti. In quest'ultima fattispecie, la situazione si complica perché non c'è un costo d'acquisto, e, tuttavia, non esistono elementi per ritenere che la partecipazione ricevuta dal conferente debba subire, in proporzione alla quota di esenzione della plusvalenza realizzata, una riduzione del proprio valore fiscale rispetto all'ammontare del "corrispettivo", determinato ai sensi dell'art. 9, comma 2, Tuir (valore normale). Anzi proprio in virtù di questa disposizione occorre attribuire alla partecipazione in parola un valore fiscale (che appunto coincide col valore normale) rispetto al quale determinare la plusvalenza sulla quale poi applicare il regime di esenzione.

divaricazione anche Lupi R., *Profili tributari della fusione di società*, Padova 1989, Gabarino C., *La tassazione*, op. cit., Carpentieri L., *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Milano, 1997.

⁴⁴⁶ La giurisprudenza di legittimità (Cass., 25 giugno 1998, n. 6300, Cass., 8 ottobre 2001, n. 12343), ha infatti interpretato l'art. 9, comma 2, Tuir (ante riforma 2003), nel senso che, in ipotesi di attribuzione di partecipazioni di valore superiore al valore normale dei beni conferiti, o di iscrizione in bilancio di partecipazioni a valori eccedenti quelli di negoziazione, rileva, ai fini della tassazione del conferente, non il valore normale dei beni conferiti o dei titoli ricevuti, bensì i valori concordati o iscritti: il valore normale rileva solo come limite minimo di tassazione, idoneo a rendere inopponibile al Fisco eventuali accordi volti a sottovalutare i conferimenti. In tal modo l'art. 9, comma 2, è stato interpretato in modo da evitare condotte evasive, consistenti nell'indicazione di un valore inferiore a quello normale ed evidenziando plusvalenze inferiori a quelle reali. Il criterio adottato dalla Corte di cassazione è anche quello adottato dal legislatore della riforma del 2003, anche se limitato ai soli conferimenti proporzionali in società quotate (vedi infra).

⁴⁴⁷ Cfr Turchi A., *Conferimenti e apporti*, op. cit. p. 222.

10. FATTISPECIE CHE DANNO LUOGO A RESTITUZIONE DI CONFERIMENTI: IN PARTICOLARE IL RECESSO DEL SOCIO

Per quanto riguarda il recesso è stato affermato che la riforma del diritto societario ha segnato una svolta epocale rispetto al passato, laddove abbandona il canone storico di liquidazione della quota ancorato al valore del patrimonio netto risultante dal bilancio di esercizio⁴⁴⁸. Si riteneva che questo criterio fosse assolutamente inadeguato rispetto all'esigenza di determinare il valore reale o effettivo del patrimonio sociale, sicchè i soci superstiti si sarebbero arricchiti a spese del receduto, producendosi una sorta di accrescimento delle relative quote. Il problema è comprendere quale sia la natura giuridica del recesso e della relativa attribuzione al socio. Secondo la dottrina la funzione del recesso è quella di individuare il valore del capitale economico, ossia, il valore di cessione della quota e, dunque, l'avviamento, analogamente a quanto si fa in ipotesi di cessione dell'azienda. Tuttavia, la cessione della quota e la cessione dell'azienda sono fenomeni assolutamente eterogenei rispetto al recesso: qui il soggetto non vende un proprio diritto, ma si avvale della facoltà di uscire dalla società; non vi è alcun contratto, né rileva l'entità del valore che le parti attribuiscono soggettivamente al patrimonio di cui la società è titolare. Invero, l'apprezzamento soggettivo dei soggetti implicati è irrilevante, essendo il momento valutativo avvocato e precostituito dal legislatore. Con ogni probabilità l'identificazione del valore reale della quota con quello di mercato origina dal fatto che il socio viene considerato titolare pro-quota del patrimonio sociale: considerazione che nell'attuale fase della legislazione non appare più sostenibile. E d'altra parte quest'assunto si mostra non corretto già con riferimento alla cessione della partecipazione, cui non può attribuirsi, secondo l'Autore, il significato di cessione di porzione astratta dei beni sociali. A maggior ragione ciò non può essere predicato nel caso del recesso dove non esiste alcun trasferimento, neanche se si volesse rimarcare la natura di beni di secondo grado delle partecipazioni sociali. Secondo Ferri Jr⁴⁴⁹, così come la partecipazione configura l'investimento di capitali in società, altrettanto il recesso equivale al disinvestimento integrale della somma

⁴⁴⁸ Galletti D., Art. 2437 ter (Criteri di determinazione del valore delle azioni), in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Alberti .M., Padova, 2005

⁴⁴⁹ Ferri G, Jr, op .cit.

impiegata. Di conseguenza, così come avviene per la liquidazione della partecipazione in caso di scioglimento della società, dovrebbe essere riconosciuto al socio receduto un rimborso almeno pari al valore economico attuale, in una prospettiva di confronto con i rendimenti assicurati da investimenti diversi.

Precisa Ferri Jr che tra prestazione di conferimento e rimborso del capitale investito intercorre un rapporto descrivibile in termini di esecuzione e ripetizione. Il rimborso del capitale rappresenta infatti la specifica forma della ripetizione della prestazione di conferimento. Tuttavia, Di Sabato⁴⁵⁰ ha ritenuto che tale ripetibilità sia solo eventuale, in quanto condizionata nell'an e nel quantum alla presenza dei corrispondenti valori nel patrimonio sociale. In realtà, il diritto alla quota di liquidazione assume il valore di ripetizione del conferimento per la sola parte relativa al capitale, cioè per la somma a suo tempo prestata, e non per il valore attuale di tale somma. Secondo Ferri Jr, il carattere di ripetibilità del conferimento è ammissibile solo se ne ammette la natura giuridica di investimento e se ne individui in ogni caso l'oggetto in un valore. Così come solo se si considera quella di rimborso una prestazione di valore è possibile rinvenire in essa la ripetizione della prestazione di conferimento. E lo stesso vale per tutti i versamenti fatti nella fase attiva della società⁴⁵¹. In effetti, l'art. 2289 c.c., benchè dettato per le società di persone, esprime un principio generale: quello che i soci hanno diritto soltanto ad una somma di denaro che rappresenti la quota, anche quando hanno conferito un bene in natura⁴⁵². La partecipazione sociale assume diversa rilevanza a seconda che la si consideri in termini di investimento o di partecipazione ad un'organizzazione. Solo nel primo caso si coglie la dimensione del valore concretamente investito dal socio e dunque della quantità di valore effettivamente realizzato: quantità che, in termini assoluti, rappresenta la misura nella quale il socio può dirsi partecipare all'investimento. Nella prospettiva organizzativa, invece, è in funzione del capitale nominale (e dunque del conferimento promesso) che si determina la partecipazione all'organizzazione societaria, e dunque la misura dei relativi poteri;

⁴⁵⁰Di Sabato F. Capitale e responsabilità, op. cit. pp 204 e s. e 305 e s.

⁴⁵¹Tradizionalmente si è, invece, portati a considerare oggetto della restituzione il bene conferito.

⁴⁵²Lo stesso è a dirsi rispetto al conferimento del godimento: anche in tal caso oggetto del conferimento è il valore del godimento, che come tale deve essere rimborsato, e non il bene. Quest'ultimo viene riconsegnato al socio solo perchè non tutto il suo valore è stato oggetto di conferimento.

pertanto, la restituzione dei conferimenti si risolve in una riduzione, seppur effettiva, del capitale nominale⁴⁵³.

Nell'ottica dell'investimento il valore nominale della partecipazione indica la spesa al momento del conferimento, il suo valore reale indica invece il risultato dell'investimento⁴⁵⁴. Questo risultato comprende sia la spesa iniziale, che è quella oggetto di rimborso, che l'eventuale guadagno. Sia nel momento di scioglimento dell'intera società, sia in quello del singolo vincolo sociale, questo risultato corrisponde alla somma algebrica tra il valore effettivo delle attività e il disvalore effettivo delle passività. Proprio perchè si tratta di un risultato finale (e non intermedio, come quello riferibile al singolo esercizio sociale) esso deve derivare dal confronto tra valori effettivi. Il riferimento al risultato complessivo dell'investimento in termini di ricavo consente di configurare la differenza negativa tra attività e passività non come perdita ma come valore reale della partecipazione pari a zero. Ciò vuol dire che è stato perso l'intero capitale investito.

La dottrina dominante invece ritiene che al socio debba essere corrisposto il valore contabile della quota. Ciò perchè, nell'ottica organizzativa, il diritto di recesso si incentra sulla causa del recesso, ossia la deliberazione che apporta all'atto costitutivo una modifica organizzativa essenziale che consente al socio assente o dissenziente di abbandonare l'organizzazione che quella deliberazione ha adottato. Nella prospettiva dell'investimento invece il diritto di recesso assume il significato di diritto a disinvestire, ed è alla luce di quest'ultimo che poi si deve analizzare la causa di recesso e non viceversa.

Si noti che la dottrina più risalente (Buonocore), discorreva, in un ottica tipicamente associativa, del diritto a mantenere la qualità di socio, e quindi a non disinvestire. Successivamente si è andata affermando la concezione opposta tendente ad esaltare

⁴⁵³Evidenzia l'Autore, p. 435, nota 25, che solo in questa diversa ottica organizzativa è possibile considerare unitariamente la restituzione del capitale e la liberazione dall'obbligo di eseguire i versamenti. Vicende queste che si presentano addirittura come opposte sotto il profilo giuridico, essendo la prima riferibile ad una obbligazione della società e la seconda assumendo il significato di una remissione di una obbligazione verso la società, e che, tuttavia, sotto il profilo nominalistico, sono accomunate dal fatto che si risolvono entrambe in una riduzione del capitale nominale. Anzi appare addirittura la liberazione dai versamenti ancora dovuti la forma primaria di riduzione del capitale promesso.

⁴⁵⁴L'Autore chiarisce (p. 127) che si tratta di un ricavo e non di un guadagno. Nel concetto di ricavo rientra l'intero risultato economico dell'operazione e quindi anche il valore della spesa, nonché l'eventuale perdita o guadagno.

proprio il diritto a disinvestire (e quindi a perdere la qualità di socio), sia nella forma del recesso sia in quella di vendita della partecipazione⁴⁵⁵.

La tendenza a ritenere che la quota di recesso dovesse determinarsi in base al valore effettivo del patrimonio sociale (poi definitivamente consacrata nella riforma del 2003), è, dunque, fondata sulla considerazione del recesso come disinvestimento integrale della partecipazione: solo in tal modo si giustifica il ricorso a criteri di valutazione del patrimonio non prudenziali, criteri che invece devono applicarsi quando deve determinarsi un risultato intermedio. Inoltre, la vicenda del recesso è un problema che attiene al rapporto tra i soci e non trovano giustificazione le istanze che si richiamano alla tutela della integrità della garanzia patrimoniale, ovvero della produttività aziendale. Già Tantini, aveva ritenuto che il fatto che il valore effettivo della partecipazione assuma segno positivo, e dunque fuoriesca dal patrimonio sociale una quantità di valore, indica solo che ciò che è rimasto è sufficiente a garantire i creditori sociali.

A questa tesi è stato obiettato⁴⁵⁶ che il recesso potrebbe anche non essere attribuito, e questo non muterebbe la sostanza della partecipazione come investimento. In realtà non bisogna dimenticare che per le società il fine non è mai interamente proprio del singolo socio, trattandosi comunque di un agire in comune. Perciò il legislatore ha inteso anche tutelare la continuazione dell'impresa da parte dei soci superstiti, e sarebbe ciò impossibile se la somma da attribuire al receduto fosse rimessa alla libera contrattazione. Se il socio potesse staccare un valore che è comprensivo, oltre che di una quota certa, anche di una eventuale plusvalenza, sarebbe lui ad arricchirsi a spese degli altri, costringendo la società a contabilizzare una perdita e a violare il divieto di distribuzione di utili fittizi.

Nelle società di persone però, per comune interpretazione dell'art. 2289, la somma da corrispondere al socio receduto è determinata in base a valori ricavati nella prospettiva del realizzo: e questo potrebbe essere considerato un principio generale alla base della

⁴⁵⁵Si allude al diritto di vendita che sorge a seguito di un'offerta pubblica di acquisto obbligatoria. Si è poi andato affermando addirittura un potere di far disinvestire riconosciuto a chiunque, a seguito di un'offerta pubblica avente ad oggetto la totalità delle azioni con diritto di voto, venga in possesso di più del 98% di tali azioni: egli ha diritto ad acquistare le azioni residue ad un prezzo che deve tener conto del prezzo di mercato dell'ultimo semestre (art. 111, dlgs n. 58 del 1998).

⁴⁵⁶Galletti D., op. cit. 1570.

liquidazione della quota sociale di qualunque tipo. Tuttavia, è stato rilevato che l'obiettivo di questa interpretazione non è tanto quello di valutare i cespiti aziendali – che spesso mancano essendo prevalente in questo tipo di società la formula della locazione e del conferimento in godimento - al loro valore di mercato, ma quello di inserire l'avviamento nella quota di liquidazione. Così il valore dell'azienda finisce per essere identificato con l'avviamento, che, in considerazione della maggiore vicinanza dei soci all'attività, diviene attribuibile prevalentemente ai soci stessi. Senza questo escamotage la quantificazione della quota potrebbe assumere un valore irrisorio. Si tratta di una soluzione, che benché condivisa in dottrina e giurisprudenza non è fondata sulla lettera della norma.

Il nodo della questione appare, quindi, in sostanza la computabilità dell'avviamento nella quota di liquidazione del socio receduto. La determinazione dell'avviamento non è certo operazione difficile, conoscendo la tecnica aziendalistica una molteplicità di formule di calcolo. Il punto, invece, è che si tratta di un valore completamente estraneo al bilancio di esercizio, il quale, ispirandosi al concetto di capitale di funzionamento, non è idoneo a rappresentare i risultati di esercizi futuri. L'avviamento rappresenta nel bilancio qualcosa di molto simile ad una riserva potenziale, un valore che non si è certi che esista finché l'azienda non sia effettivamente venduta.

Anche la cessione della partecipazione sociale giustifica l'emergere di un plusvalore dovuto a prospettive future di reddito, e ciò perché si manifesta un accordo sul prezzo che deriva dalla reciproca valutazione dei vantaggi che si pensa di ricavare dallo scambio. Inoltre, l'acquirente continuerà a sopportare il rischio dell'investimento. Nel recesso invece non si verifica alcuno scambio e non sorge alcun prezzo, non si manifesta nessuna contrattazione, e soprattutto nessuno continua a sopportare il rischio d'impresa a fronte della liquidazione: la società riceve in cambio solo l'uscita del socio dalla compagine societaria.

Invero, il criterio storico del book value per il calcolo della quota di liquidazione del socio receduto, poteva andar bene finché permaneva l'esigenza di tutelare da un lato l'accumulazione di risorse presso la società e la stabilità del vincolo imprenditoriale (considerato che il recesso inevitabilmente porta via risorse alla società), e dall'altro il socio in rapporto all'assenza o inefficienza di un mercato secondario delle partecipazioni che gli permettesse di valorizzare altrimenti il suo investimento.

Oggi invece i tempi sono cambiati: lo sviluppo dei mercati finanziari (che fa della vendita una valida alternativa al recesso), il boom dei fondi comuni di investimento (che ha determinato l'ingresso nelle società di soggetti non in grado di assumere un ruolo attivo in esse), hanno fatto prevalere per la società l'esigenza di riordinare la compagine societaria piuttosto che di accumulare capitale e per i soci quella di essere tutelati dagli abusi della maggioranza in modo più attivo. E tuttavia questi scopi ben avrebbero potuto essere soddisfatti applicando criteri diversi da quelli impiegati nella trattazione privata.

La legge individua i criteri da considerare nella "consistenza patrimoniale", nelle "prospettive reddituali" e "nell'eventuale valore di mercato delle azioni" (art. 2437 ter c.c.), ed è l'organo amministrativo a determinare il valore di liquidazione. E' però riconosciuta all'autonomia statutaria la possibilità di prevedere criteri diversi da quelli anzidetti. Per le società quotate rileva, invece, la media dei prezzi dell'ultimo semestre.

Il punto è che in un sistema come quello delineato dalla riforma, in cui risultano notevolmente attenuati gli spazi di tutela reale delle minoranze, ossia deputati alla rimozione degli atti organizzativi illegittimi⁴⁵⁷, il recesso assume il ruolo di strumento principale di tutela del socio dissenziente. Ciò spiega, da un lato, il rafforzamento in termini contrattualistici dell'istituto⁴⁵⁸. E d'altra parte, il potenziamento dello stesso istituto come strumento di exit. La facoltà di recesso è, infatti, riconosciuta anche ai soci che non hanno concorso a determinate deliberazioni assembleari individuate nell'art. 2437. Da quest'altra prospettiva si conferma, quindi, il ruolo che è venuta assumendo la partecipazione nell'attuale contesto normativo: quello di investimento

⁴⁵⁷Si pensi alla conversione delle cause di nullità in cause di annullabilità, alla previsione della legittimazione ad impugnare deliberazioni dell'assemblea solo ad una certa percentuale del capitale con voto, alla disciplina della nullità delle deliberazioni.

⁴⁵⁸Nelle società per azioni l'art. 2437 c.c. affianca alle cause inderogabili ipotesi di recesso derogabili statutariamente; nelle S.p.A. che non fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio, lo stesso articolo consente di prevedere ulteriori cause di recesso: da circostanze attinenti alle scelte di investimento della società, alla sorte di un determinato contratto; dalla rottura di alleanze commerciali, al mancato raggiungimento di un determinato fatturato; fino a eventuali deliberazioni dell'organo amministrativo. Riguardo alle modalità e ai termini di esercizio del diritto di recesso, per le cause inderogabili, esiste un unico limite all'autonomia statutaria, rappresentato dalla nullità di ogni patto volto ad escludere o rendere più gravoso l'esercizio del diritto. Nelle ipotesi di recesso derogabili o atipiche, invece, l'ordinamento statutario appare completamente libero. Nelle S.r.l. gli spazi di autonomia statutaria sono ancora più ampi; infatti, l'art. 2473, comma 1, c.c., indica nell'atto costitutivo la fonte primaria della disciplina del recesso, per quanto riguarda cause e modalità, e ciò in linea con l'intento della riforma di rendere in tale tipo di società l'autonomia pressoché totale. In definitiva, la precisa determinazione di quell'equilibrio, di cui si compone l'esercizio del recesso, tra istanze contrattualistiche ed istanze istituzionalistiche, è lasciato alle scelte di autonomia statutaria ed è, dunque, determinabile a livello di ordinamento delle singole società.

piuttosto che di concorso alla gestione. Invero, la funzione di investimento della partecipazione è assai più discutibile nelle società a responsabilità illimitata, dove comunque permane un'attività di partecipazione alla gestione. Così la figura del recesso, come delineata dalla riforma, palesa una evidente contraddizione tra l'obiettivo di tutela contro le decisioni della maggioranza e l'interesse alla gestione imprenditoriale e al controllo sulla stessa. Non è insomma sempre vero che l'obiettivo del socio dissenziente sia quello di ottenere il maggior guadagno possibile dal disinvestimento attraverso il recesso, potendo egli voler esprimere l'intento di imprimere una diversa scelta di gestione. Anche la figura del recesso parziale⁴⁵⁹, che si caratterizza per il fatto che, mediante il suo esercizio, il socio dissenziente non si sottrae all'operato della maggioranza ma ottiene la riduzione del grado di rischio del proprio investimento (abbatte il costo dell'operazione), incidendo sul profilo economico della partecipazione, conferma la separazione tra partecipazione come investimento e partecipazione come concorso alla gestione societaria.

La riforma in definitiva, ritiene Tassani⁴⁶⁰, ha modellato il diritto di recesso proprio come forma di disinvestimento alternativa all'alienazione della partecipazione. Ed infatti, la presenza di un mercato regolamentato è presupposto per l'esclusione del recesso ad nutum anche in caso di società a tempo indeterminato, in quanto la negoziabilità consente al socio l'uscita dall'investimento in ogni momento; la quantificazione del valore di liquidazione è fatta con riferimento, per le società quotate, al prezzo di mercato; l'impossibilità di alienare le proprie azioni comporta legislativamente il diritto di disinvestimento mediante recesso; la vendita delle partecipazioni sul mercato costituisce la principale modalità del procedimento di liquidazione ex artt. 2437 quater e 2473 c.c.

Il procedimento di liquidazione si apre proprio col tentativo di vendita della partecipazione sul mercato (ai soci, ai terzi e, nelle Spa, anche alla stessa società). La riduzione del capitale sociale appare come l'ultima strada da perseguire, come extrema ratio della liquidazione della quota, in conseguenza dell'infruttuosità della vendita o della assenza di riserve disponibili nel patrimonio netto per il rimborso. In tal modo il recesso viene a configurarsi come evento endo-societario, che non richiede di evidenziare all'esterno, attraverso la riduzione del capitale sociale, la modifica

⁴⁵⁹Espressamente previsto per le S.p.A, mentre ne è dibattuta l'ammissibilità per le S.r.l.

⁴⁶⁰Tassani T. op. cit. p. 319

soggettiva dell'organizzazione. Così risultano superati pure i dubbi interpretativi manifestatisi in passato in merito alla questione se lo scioglimento del vincolo sociale comportasse automaticamente la riduzione del capitale sociale, in rapporto al divieto posto agli amministratori di procedere alla restituzione di conferimenti al di fuori dei casi di riduzione del capitale sociale formalmente deliberati.

Tuttavia, la norma, nel far riferimento all'utilizzo delle riserve disponibili in quanto esistenti, non sembra tener conto dell'effetto distorsivo che ciò provoca sul capitale sociale. L'intero rimborso deve farsi dando fondo alle riserve disponibili, anche per la parte a copertura del valore nominale della quota receduta⁴⁶¹. In tal modo i soci rimasti si vedono attribuire una quota di capitale che non hanno mai sottoscritto né versato⁴⁶².

In ogni caso le modalità di liquidazione della quota al socio receduto, previste dal 2437 bis per le Spa e dal 2473 per le Srl, possono essere derogate dall'autonomia statutaria fino ad escludere l'ipotesi dell'acquisto da parte dei soci o di un terzo., con l'unico limite di non rendere più gravoso l'esercizio del recesso⁴⁶³.

Per quanto riguarda i profili fiscali, nel tentativo di profilare una continuità degli effetti tributari tra l'operazione di conferimento e quella di restituzione dello stesso, si procede come segue.

Innanzitutto preme considerare che la vicenda del conferimento in società si presta a determinare effetti fiscali differenti, a seconda che la si voglia considerare un'operazione di investimento oppure di scambio. Nella dottrina non sembra che queste due impostazioni siano ben distinte.

⁴⁶¹Se la quota rinunciata corrisponde in valore nominale a 100 e il valore complessivo del rimborso è pari a 200, l'intero importo deve essere stornato dalle riserve disponibili, anziché, come sarebbe più logico, parzialmente dal capitale sociale (per il valore nominale di 100) e per il resto dalle riserve.

⁴⁶²Bianchi G., *Le operazioni sul capitale sociale dopo la riforma del diritto societario*, Padova 2007.

⁴⁶³Mentre per le S.r.l è pacifico che l'autonomia statutaria possa escludere le ipotesi di liquidazione fondate sull'acquisto da parte dei soci o di un terzo, soprattutto quando lo statuto contenga clausole che impediscono la circolazione delle partecipazioni, per le S.p.a, sebbene non ci siano dubbi particolari ad ammettere vincoli agli amministratori rispetto all'offerta delle azioni a terzi, vietandola oppure rendendola obbligatoria, più incerta appare la facoltà statutaria di incidere sull'alienazione delle azioni ai soci, in quanto tale modalità sembra essere configurata come diritto del socio. Tuttavia, l'art. 2437 quater non dispone espressamente nel senso della inderogabilità della procedura e le posizioni soggettive che crea, come quella dei soci all'opposizione ed alla prelazione, sembrano configurate nei confronti dell'organo amministrativo.

11. IL VALORE ASSOGETTATO A TASSAZIONE (VFR DELLA PARTECIPAZIONE) RILEVA AL MOMENTO DELLA RESTITUZIONE DEL CONFERIMENTO?

Cosa si intenda per conferimenti nell'attuale legislazione civilistica lo abbiamo visto: i conferimenti possono essere tipici, e tali sono quelli che vanno imputati al capitale sociale, e che possono essere proporzionali o non proporzionali; o atipici, comprendendosi in questa categoria tutti gli apporti che non comportano una imputazione al capitale sociale, e tali sono gli strumenti finanziari partecipativi e i conferimenti di patrimonio (versamenti in conto capitale).

I conferimenti, come visto, tipi e atipici, che hanno per oggetto un bene o un credito, danno luogo a materia imponibile in capo al conferente.

La distribuzione di poste derivanti da conferimenti rappresenta, invece, in prima approssimazione la restituzione di un investimento⁴⁶⁴, e non è in quanto tale reddito imponibile; qualora però il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione sia rilevante in capo al socio, esiste un'esigenza logico-sistematica che la restituzione dei conferimenti riduca il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione, dando luogo a redditi imponibili per l'eccedenza.

La restituzione del conferimento configura in linea di massima un'operazione con cui si trasforma la composizione del patrimonio del socio: escono partecipazioni societarie ed entrano beni di primo grado. L'emersione di un reddito costituisce un episodio eventuale.

Costituisce restituzione di conferimenti anche l'attribuzione al socio di poste diverse dal capitale sociale, ma che comunque rappresentano meri trasferimenti patrimoniali, come i sovrapprezzi per le quote sociali, i versamenti a fondo perduto o in conto capitale, le rinunce a crediti⁴⁶⁵, esposti nel patrimonio netto. Inoltre, parte del capitale sociale che

⁴⁶⁴ Lupi R., Le società per azioni nella disciplina tributaria, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, Torino 1993.

⁴⁶⁵ Invero, l'art. 47, comma 5, del Tuir, richiama quali elementi del patrimonio sociale la cui distribuzione provoca una riduzione del costo fiscale della partecipazione, le riserve costituite con sopraprezzi di emissione, con interessi di congruaggio, con versamenti a fondo perduto, con saldi di rivalutazione monetaria esenti da imposta. L'elenco, secondo alcuni (Lovisolo, Profili del trattamento impositivo dei dividendi e delle riserve distribuite ai soci, in Il reddito di impresa, AA.VV., Padova 1988) non è da considerarsi tassativo in quanto neutre ex art. 47 comma 5 appaiono tutte quelle riserve e fondi assimilabili al capitale sociale. Diversamente, secondo altri (Gabarino, op. cit. p. 146), ai fini fiscali, le riserve o sono neutre o sono fiscali da utili, essendo queste ultime definibili a contrario rispetto alle

viene restituito al socio potrebbe non essere costituito da conferimenti ma da utili societari imputati al capitale per aumenti gratuiti. Questa parte del capitale resta assoggettata al regime proprio dei redditi della società, senza accedere a quello dei conferimenti, e costituisce reddito per i soci qualora venga loro attribuito.

Invero, nonostante l'opinione unanime della dottrina sull'argomento, non è possibile rinvenire nella normativa in modo univoco l'effetto fiscale della restituzione di conferimenti e poste assimilate. Infatti, mentre l'art. 47, comma 5, del Tuir, è esplicito sul tema (anche se poi lascia in ombra il trattamento da riservare alle eccedenze negative rispetto alla somma investita dal socio), lo stesso non avviene per le ipotesi contemplate dal comma 7 dello stesso articolo, nel quale il legislatore parla di eccedenza imponibile senza indicare la sorte di quella parte di tale eccedenza riconducibile a restituzione di conferimenti del socio. Solo l'art. 87, comma 7, chiarisce, ma limitatamente all'applicazione del regime delle plusvalenze esenti, che occorre distinguere la parte dell'eccedenza riferibile a poste aventi natura di capitale. Conseguentemente non possono fiscalmente rilevare, ai fini del regime impositivo testè indicato, le restituzioni di poste di conferimento.

In ogni caso, così come la restituzione di tali conferimenti atipici comporta una riduzione del costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni, altrettanto il trasferimento di tali elementi patrimoniali alla società deve comportare un aumento del costo fiscale della partecipazione in capo al socio. Tale addizione si spiega anche considerando che detti trasferimenti patrimoniali rappresentano per i soci investimenti aggiuntivi, degli ulteriori apporti, incrementativi del patrimonio sociale ed assimilabili ai conferimenti. Dunque il principio appare essere: ciò che non costituisce reddito per la

prime, nel senso che sono fiscali da utili le riserve diverse da quelle neutre tassativamente elencate nella norma suddetta. L'art. 91 considera i sopraprezzi di emissione delle azioni o quote versati dai sottoscrittori come proventi non computabili nella determinazione del reddito della società. L'art. 88, comma 4, non considera sopravvenienze attive i versamenti in denaro o in natura fatti a fondo perduto o in conto capitale alle società e agli enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a) e b), dai propri soci e la rinuncia dei soci crediti. L'art. 94, comma 6, sancisce che "l'ammontare dei versamenti fatti a fondo perduto o in conto capitale alla società dai propri soci o della rinuncia ai crediti nei confronti della società dagli stessi soci, si aggiunge al costo dei titoli e delle quote di cui all'articolo 85, comma 1, lettera c), in proporzione alla quantità delle singole voci della corrispondente categoria; la stessa disposizione vale relativamente agli apporti effettuati dei detentori di strumenti finanziari assimilati alle azioni". L'art. 101, comma 7, a sua volta, sancisce che "i versamenti in denaro o in natura fatti a fondo perduto o in conto capitale alle società indicate nel comma 6 (società in nome collettivo e in accomandita semplice) dai propri soci e la rinuncia degli stessi soci ai crediti non sono ammessi in deduzione ed il relativo ammontare si aggiunge al costo della partecipazione". Si deve notare che queste disposizioni valgono nel caso in cui la partecipazione è detenuta nell'esercizio di imprese commerciali.

società, non costituisce, di norma, reddito per il socio, ma rileva sotto forma di costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione. Tuttavia si deve osservare che anche il conferimento di beni non costituisce arricchimento per la società eppure lo è per il conferente.

Il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione in capo al socio conferente non si modifica invece quando l'incremento patrimoniale della società è dovuto all'accumulo di riserve di utili o di riserve di rivalutazione monetaria o di altri fondi in sospensione di imposta.

Dal punto di vista della società le risorse ricevute vanno a costituire il suo patrimonio, a prescindere dal fatto che siano imputate a capitale sociale, a fondo sovrapprezzo azioni, a versamenti a fondo perduto, in conto aumento capitale ecc.. Nel caso di conferimento di beni, la loro immissione nel "regime dei beni di impresa" comporta il riconoscimento fiscale, in capo alla società, dei loro valori correnti⁴⁶⁶.

Secondo Lupi, dal punto di vista del socio l'attribuzione di risorse alla società (mediante conferimento o versamenti a fondo perduto) può essere vista come un investimento in senso lato, come dimostrerebbe l'effetto fiscale di tale attribuzione consistente nell'aumento del valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione. La restituzione dei conferimenti non origina materia imponibile in capo al socio solo qualora la somma restituita equivalga a quella investita; ove le somme restituite divergano dall'importo

⁴⁶⁶ Invero, nel diritto tributario mancano riferimenti normativi per stabilire quale sia l'importo massimo cui la conferitaria può iscrivere in bilancio i beni ricevuti in apporto. Secondo Lupi comunque, per ragioni di simmetria, il riconoscimento dei valori correnti presso la conferitaria dovrebbe essere accompagnato da una corrispondente imposizione in capo al conferente, oppure dovrebbe prevedersi un regime di neutralità, in cui la conferitaria assume i beni agli stessi valori fiscalmente riconosciuti che avevano presso il conferente. Secondo altri (Turchi) il regime impositivo ordinario del conferimento di beni ben può comportare una asimmetria. Ciò accade innanzitutto quando, in presenza di conferimenti non proporzionali, la conferitaria decida di allibrare i beni ricevuti ad un valore inferiore a quello normale, stimato dal perito, e in tal caso si verifica una duplicazione di imposta dovuta esclusivamente alla scelta della conferitaria; o quando, dato un valore di perizia superiore a quello normale, essa iscriva i beni a tal maggior valore, e allora il salto di imposta che qui si verifica è dovuta ad una (implicita) scelta normativa di rendere indipendenti sotto il profilo delle posizioni fiscali delle parti. Comunque, in entrambi i casi non si ravvisano specifici problemi di ordine sistematico. Talvolta, invece, l'effetto di doppia imposizione è dovuto all'impossibilità per la conferitaria di iscrivere i beni ricevuti ai medesimi valori tassati in capo al conferente: il che si verifica, oltre che nei casi in cui il valore di perizia risulti inferiore a quello normale, nelle fattispecie di sopravvalutazione dei conferimenti proporzionali in società quotate, per le quali l'art. 9 Tuir solo con riguardo alla posizione del conferente dà rilievo alla valutazione convenzionale eseguita, e non consente, invece, alla conferitaria di contabilizzare e spendere fiscalmente i maggiori valori tassati presso il proprio dante causa

originariamente investito (ad esempio perché le azioni sono state acquistate ad un prezzo diverso dal valore nominale), vengono alla luce componenti di reddito⁴⁶⁷.

Invero l'art. 47, comma 7, (ex art. 44, comma 3, vecchio Tuir), ai fini della determinazione del regime di imponibilità del rimborso del socio uscente e dell'attribuzione del capitale esuberante, per determinare l'eccedenza tassabile si riferisce solo al prezzo pagato dal socio per l'acquisto o la sottoscrizione della partecipazione, come se i successivi apporti durante lo svolgimento dell'attività sociale non andassero a computarsi nel costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione. Ma se ciò fosse vero si violerebbe il principio di capacità contributiva, comportando la tassazione di somme che non rappresentano un effettivo arricchimento del soggetto, ma una mera restituzione di capitale⁴⁶⁸.

L'iniziale formulazione del comma 3 dell'art. 44⁴⁶⁹, prima della modifica apportata dal d.l. n. 557 del 1993, aveva delle conseguenze problematiche in quei casi in cui l'acquisto della partecipazione si fosse rivelato un cattivo affare. Infatti, la norma sembrava non distinguere le somme ricevute a fronte del capitale da quelle ricevute a fronte utili e dar luogo a compensazione del risultato negativo della negoziazione della partecipazione con i redditi distribuiti dalla partecipata. Dopo la modifica del 1993 questa compensazione non è apparsa più possibile.

Secondo Lupi, inoltre, quella disposizione era già da intendersi nel senso che la restituzione dei conferimenti (sia tipici sia atipici) non originasse materia imponibile in capo al socio solo qualora la somma restituita equivalesse a quella investita; ove le somme restituite fossero state divergenti dall'importo originariamente investito (ad

⁴⁶⁷ Ad esempio, si supponga che una quota del 50% di una società con capitale nominale di 1000 venga acquistata a 400, e che immediatamente dopo la società partecipata venga posta in liquidazione; la differenza tra 500 (quota nominale spettante) e 400 (costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione) ha natura di reddito di capitale.

⁴⁶⁸ Coppola P., Lo scioglimento del vincolo sociale limitatamente ad un socio: profili fiscali; Padova, 1966.

⁴⁶⁹ L'art. 44, comma 3, vigente fino al 29 dicembre 1993, recitava: "le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci in caso di recesso, di riduzione del capitale esuberante o di liquidazione anche concorsuale della società costituiscono utile per la parte che eccede la quota del capitale sociale e delle riserve o fondi di cui al comma 1 rappresentata dalle azioni o quote annullate, diminuita o aumentata della differenza tra il prezzo pagato per l'acquisto di queste e il loro prezzo di emissione. Di questa differenza non si tiene conto quando l'utile è soggetto a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta. Il capitale sociale ai fini del calcolo dell'eccedenza è assunto al netto della parte di riserva o fondi diversi da quelli indicati nel comma 1. Il comma 1 della disposizione in parola non conteneva la norma, poi introdotta col d.l. n. 557/1993, relativa all'affetto sul valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione della ripartizione di riserve di capitale.

esempio perché le azioni fossero state acquistate ad un prezzo diverso dal valore nominale), sarebbero venuti alla luce componenti di reddito⁴⁷⁰.

Secondo Coppola solo con la successiva modifica del 1993 sarebbero state colmate le lacune della disciplina, e in particolare il problema della possibilità per il socio uscente di lucrare, in esenzione di imposta, accrescimenti patrimoniali alla cui formazione egli poteva non aver concorso: infatti, il d.l. 30 dicembre 1993, n. 557, ha, da un lato, chiarito nel comma 1 dell'art. 44 l'effetto fiscale da ricollegarsi alla distribuzione di riserve di capitale in capo ai soci, e dall'altro, sostituito, nel comma 3 dell'art. 44, il termine di raffronto per la determinazione dell'incremento patrimoniale tassabile come utile da partecipazione in capo al socio uscente. Invece che alla parte eccedente la “*quota del capitale sociale e delle riserve o fondi di cui al 1° comma rappresentata dalle azioni o quote annullate*”, si deve da allora far riferimento alla parte che eccede il *prezzo* pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate. In tal modo l'arricchimento del socio uscente è determinato con riferimento alla parte eccedente la porzione di patrimonio netto fiscalmente neutra nei suoi diretti confronti, ossia la porzione costituita da versamenti o apporti da costui corrisposti per l'acquisto o la capitalizzazione della propria partecipazione sociale⁴⁷¹.

Da quanto detto sopra emerge che il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione che rileva al momento del recesso, esclusione, riscatto, riduzione del capitale esuberante può comprendere sia valori che sono assoggettati a tassazione al momento del conferimento, sia valori che invece non hanno subito alcuna tassazione. Infatti, tale valore coincide col costo dell'investimento: costo formato, innanzitutto, dal prezzo pagato per la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione, prezzo che, nel caso i conferimenti in natura, può coincidere o meno col valore normale assoggettato a

⁴⁷⁰ Ad esempio, nel caso in cui una quota del 50% di una società con capitale nominale di 1000 fosse stata acquistata a 400, e immediatamente dopo la società partecipata fosse stata posta in liquidazione, la differenza tra 500 (quota nominale spettante) e 400 (costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione) avrebbe avuto natura di reddito di capitale.

⁴⁷¹ Tuttavia, questa stessa disposizione non si applica nel caso di ripartizione di riserve di capitale deliberata in costanza di partecipazione. In tal modo non nasce materia imponibile, neanche nei confronti di quei soci che non hanno concorso con propri versamenti alla formazione delle riserve poste in distribuzione. Ma a ben vedere, poiché la distribuzione di riserve di capitale comporta la riduzione del costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione per tutti i soci, si viene soltanto a posticipare l'imposizione al momento della cessione o della liquidazione della quota o dello scioglimento della società.

imposizione⁴⁷². A questo si aggiungono le eventuali somme versate alla società all'atto dell'acquisto della partecipazione (sovrapprezzi, interessi di congruaggio), e quelle versate successivamente a titolo di conferimenti atipici (versamenti in conto capitale o a fondo perduto, rinuncia a crediti verso la società). Si sottraggono poi le somme distribuite nel corso della vita sociale a titolo di riserve di capitale.

Ciò dimostra che nelle suddette ipotesi rileva il concetto di partecipazione come investimento di una somma di denaro, quand'anche essa rappresenti il "corrispettivo" di un conferimento in natura⁴⁷³. In altri termini, mentre all'atto del conferimento in natura non si tiene conto del fatto che il conferente ha subito una spesa per l'acquisto della partecipazione, perdendo di vista il valore oggetto del conferimento, ossia la somma di denaro che corrisponde a quell'investimento, per porre l'accento invece sulla prestazione strumentale all'investimento stesso (ossia il trasferimento del bene o del credito), al momento della restituzione del conferimento riemerge la natura di (dis)investimento della somma a sua tempo impiegata, per cui solo la parte eccedente il costo sopportato in relazione alla partecipazione acquisita può considerarsi arricchimento del socio fiscalmente rilevante.

Inoltre, c'è da considerare il caso delle partecipazioni non proporzionali. In tale fattispecie, infatti, il valore delle partecipazioni attribuite al socio conferente può non coincidere con quello del conferimento effettuato, fino a giungere all'ipotesi, ammessa dalla dottrina, del socio non conferente e del soggetto conferente ma non socio. A seguito dell'assegnazione non proporzionale, si deve ritenere⁴⁷⁴ che il costo delle

⁴⁷²Il valore nominale della partecipazione può non coincidere con quello normale del bene o credito conferito.

⁴⁷³Come visto il conferimento di beni e crediti è considerato, fiscalmente, atto realizzativo di plusvalori patrimoniali, e ciò, sostanzialmente, per la natura onerosa del contratto sociale. Così, la partecipazione sociale viene risolta in una posizione contrattuale che viene oggettivata: la titolarità della partecipazione diventa titolarità di un bene patrimoniale valutabile in denaro, e ciò perché i diritti patrimoniali che la stessa attribuisce non si risolvono in mere aspettative, ciò che impedirebbe di ravvisare, in questa, un'attribuzione patrimoniale determinata e di ritenere realizzate le plusvalenze sul bene conferito (Falsitta). Sebbene parte della dottrina (Lupi) abbia tentato di valorizzare il profilo funzionale del conferimento, ritenendo assolutamente naturale il riconoscimento della neutralità ai fini fiscali dell'atto di conferimento, l'evoluzione della normativa sembra aver dimostrato il contrario. Non solo l'abrogazione del d.lgs. n. 358/1997 e le disposizioni dell'art. 9 del Tuir, ma anche la riforma del diritto societario sembra collocarsi in una prospettiva opposta. Il valore organizzativo del conferimento non viene più ravvisato nel potere di gestione dell'attività societaria, ma nel concorso ai risultati societari. Il che, è stato detto, avvicina la posizione del socio a quella dell'investitore. Così la partecipazione azionaria viene a qualificarsi come bene di investimento e a distinguersi in modo netto dall'oggetto conferito. Tuttavia, nonostante, l'accento posto sul profilo dell'investimento, non sono ne state colte le conseguenze giuridiche ed economiche.

⁴⁷⁴Cfr. Tassani T. op. cit. p. 341

partecipazioni per il socio non corrisponda al valore delle stesse, perchè maggiore o minore o, addirittura, perchè il primo è inesistente. Si pensi al caso del socio che abbia ricevuto azioni per un valore doppio rispetto al proprio conferimento: in questo caso, la somma riconosciuta in sede di liquidazione esprimerà anche la restituzione del conferimento iniziale, ma questo è stato sostenuto dal socio solo per la metà. Viceversa, se il socio ha ricevuto partecipazioni per un valore inferiore a quanto conferito, il costo fiscale della partecipazione esprimerà anche conferimenti effettuati per coprire la quota di capitale corrispondente alle azioni assegnate ad altri soci. Mentre le somme corrisposte per l'acquisto o il rimborso delle sue partecipazioni rifletteranno il solo valore di tali partecipazioni. Si palesa così la possibilità di alterare i valori fiscali attraverso l'assegnazione non proporzionale, che può anche assumere aspetti di convenienza fiscale.

Mentre il legislatore ha tentato di arginare la possibilità di arbitraggi dal lato della valutazione dei conferimenti, lo stesso non ha fatto con riferimento alla determinazione del costo fiscale delle quote, in caso di successiva cessione o di rimborso delle partecipazioni. Il costo da considerare per il calcolo dell'eccedenza tassabile dovrà necessariamente coincidere con il valore dei conferimenti più apporti e versamenti successivi. Secondo Tassani⁴⁷⁵, allo scopo di rendere omogeneo il rapporto tra costo della partecipazione e corrispettivo ricevuto, si potrebbe ritenere di essere in presenza, nel caso di socio che riceva partecipazioni sopra la pari, di un atto di liberalità. In tal modo si renderebbe applicabile, ai fini del calcolo della plusvalenza ex art. 67 Tuir, l'art. 68, comma 6, Tuir, per il quale “nel caso di acquisto per donazione si assume come costo il costo del donante”. Lo stesso Autore evidenzia i limiti di questa soluzione, derivanti dal fatto che l'assegnazione non proporzionale risponde prevalentemente a interessi patrimoniali dei soci che effettuano un conferimento maggiore rispetto al valore delle partecipazioni che ricevono in cambio (come ad esempio l'impegno del socio a svolgere opere e servizi che nelle società per azioni non possono essere conferiti). Inoltre, sarebbe difficile accertare in concreto lo spirito di liberalità.

Nel caso delle partecipazioni detenute in società trasparenti, l'art. 68, comma 6, Tuir, prevede che il costo di acquisto debba essere aumentato o diminuito dei redditi e delle perdite imputate per trasparenza al socio e che dal costo si scomputano, fono a

⁴⁷⁵Cfr. Tassani, op. cit. p. 342

concorrenza dei redditi già imputati, gli utili distribuiti. La stessa norma è riprodotta dall'art. 115, ultimo comma, Tuir, per le società di capitali trasparenti. Si tratta di una norma dettata nell'ambito della determinazione del valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni ai fini del calcolo delle plusvalenze da cessione; tuttavia, la dottrina unanime la ritiene applicabile anche ai fini delle disposizioni di cui all'art. 47, comma 7, Tuir. D'altra parte anche le disposizioni di cui all'art. 94, commi 6 e 7, Tuir, sebbene dettate per le partecipazioni detenute in regime di impresa, si ritengono applicabili alle partecipazioni detenute al di fuori di tale regime. La ragione di ciò deve ricercarsi nel fatto che le somme cui dette disposizioni fanno riferimento costituiscono per il socio che le ha versate costo dell'investimento. Nel caso delle partecipazioni in società trasparenti, rileva anche un altro aspetto ai fini della determinazione del costo fiscalmente riconosciuto, non connesso al costo dell'investimento ma al particolare regime impositivo di tali società. Assume rilevanza anche il valore che è stato assoggettato a tassazione in capo al socio per effetto dell'imputazione per trasparenza. Infatti si aggiungono al costo iniziale i redditi, si sottraggono da detto costo le perdite e gli utili distribuiti fino a concorrenza dei redditi già imputati.

12. LE CONSEGUENZE FISCALI DEL RECESSO

Il comma 7 dell'art. 47, Tuir, dispone che le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci in caso di recesso, di esclusione, di riscatto e di riduzione del capitale esuberante o di liquidazione anche concorsuale delle società ed enti costituiscono utile per la parte che eccede il *prezzo* pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate.

A parte l'ampliamento dei casi di applicazione della disciplina ivi prevista anche all'ipotesi di esclusione del socio di società a responsabilità limitata ex art. 2473 bis c.c., introdotta dalla riforma del diritto societario, nonché all'ipotesi di riscatto delle azioni proprie di cui all'art. 2357 ter c.c., la norma riproduce quanto previsto dal comma 3 dell'art. 44 del vecchio Tuir (quello antecedente alla riforma del 2004). In particolare, il riferimento al “prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate” risulta introdotto dal d.l. del 30 dicembre 1993 n. 557, art. 1.

Prima di tale modifica la norma faceva riferimento, fin dall'inizio della sua introduzione, coincidente con l'entrata in vigore del Tuir, alla “*quota del capitale sociale e delle riserve o fondi di cui al 1° comma rappresentata dalle azioni o quote annullate*”.

Con lo stesso d.l. n. 557 del 1993, veniva modificato il comma 1 dell'art. 44 con l'introduzione del seguente capoverso “*tuttavia le somme o il valore normale dei beni ricevuti riducono il costo fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote possedute*”.

L'attuale comma 5 dell'art. 47, quindi recita: “*Non costituiscono utili le somme e i beni ricevuti dai soci delle società soggette all'imposta sul reddito delle società a titolo di ripartizione di riserve o altri fondi costituiti con sopraprezzi di emissione delle azioni o quote, con interessi di conguaglio versati dai sottoscrittori di nuove azioni o quote, con versamenti fatti dai soci a fondo perduto o in conto capitale e con saldi di rivalutazione monetaria esenti da imposta; tuttavia le somme o il valore normale dei beni ricevuti riducono il costo fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote possedute*”.

Prima dell'introduzione del Tuir gli *incrementi di valore*⁴⁷⁶ dell'originaria quota di partecipazione sottoscritta o acquistata, che si manifestavano nei casi di scioglimento

⁴⁷⁶ La riconducibilità dei meri incrementi patrimoniali a tassazione riporta al dibattito dottrinale in merito al concetto di reddito imponibile. Secondo la “teoria della fonte”, non qualsiasi incremento patrimoniale costituisce reddito, ma solo quegli arricchimenti patrimoniali comunque riconducibili ad una precisa fonte produttiva, che possono considerarsi definitivamente acquisiti al patrimonio del contribuente. Si parla di reddito come “ricchezza prodotta” contrapposto al reddito come “entrata” (concezione quest'ultima che appare alla base della disciplina fiscale del reddito di impresa). Secondo la teoria della fonte, elemento essenziale da tenere in considerazione per l'individuazione del reddito è l'assunzione di un rischio da parte del percettore: rischio che si colloca quale elemento continuo e presente e non quale fatto genetico, rispetto al risultato. Il concetto di reddito sviluppatosi nel nostro ordinamento è il frutto di una evoluzione storica che affonda le sue radici nella legge istitutiva dell'imposta di ricchezza mobile avvenuta nel 1864. Tale legge non aveva fornito alcuna nozione di reddito assoggettabile a tassazione, e da questa scelta il legislatore italiano non si è mai allontanato. Si deve alla dottrina (in particolare a Falsitta G., *Le plusvalenze di impresa nel sistema dell'imposta mobiliare*, Milano 1966) ed alla giurisprudenza (le fonti sono citate in Corasaniti G., *Profili tributari dei conferimenti in natura e degli apporti società*, Padova, 2008, pp 6 e ss) l'elaborazione di questo concetto. In un primo momento si ritenne che la normativa fosse stata influenzata dalla nozione economica del reddito prodotto, in base alla quale, in aderenza alle teorie naturalistiche, il reddito era concepito secondo lo schema di derivazione dei frutti provenienti dal fondo, e quindi come flusso materiale di ricchezza pervenuto al soggetto da determinate fonti produttive (Quarta). L'Autore, mutuando i principi dalla scienza economica, aveva individuato tra gli elementi costitutivi della nozione di reddito: l'esistenza di una ricchezza novella; la relazione di effetto a causa con una forza produttiva; la possibilità di ritorno intesa come possibilità di riproduzione di altra ricchezza. Quest'ultimo aspetto della teoria della Quarta è stato quello più criticato dalla dottrina successiva. Comunque, questa ricostruzione della nozione di reddito mobiliare, ritenuta coerente col principio del beneficio, è stata sostanzialmente mantenuta nelle rielaborazioni dottrinarie successive. La dottrina degli anni trenta non era riuscita a chiarire l'essenza della relazione causale intercorrente tra la condotta del soggetto e il conseguimento della ricchezza. Per Falsitta l'azione umana si sarebbe dovuta qualificare come condicio

sine qua non del risultato conseguito, ossia quale condizione indispensabile alla produzione dell'arricchimento. In questo quadro si è inserito il contributo della giurisprudenza che aveva affermato la necessità del distacco del reddito dalla fonte quale ulteriore caratteristica del reddito mobiliare, ciò che comportava la definitiva acquisizione della nuova ricchezza al patrimonio del contribuente. Ciò fu interpretato da Berliri nel senso che occorresse la "realizzazione" del reddito, ossia che fosse necessaria una "compiuta operazione produttiva" per aversi reddito imponibile. Questa concezione però entrò in crisi quando si dovette affrontare il problema della tassazione degli incrementi di valore di un cespite, indipendenti dall'attività del contribuente, salvo che non si ammettesse che il plusvalore fosse derivato da un'operazione economica speculativa. L'intento speculativo venne interpretato come animus lucrandi da Giussani B.; egli riteneva che la fonte produttiva dovesse essere indirizzata intenzionalmente al conseguimento di un vantaggio economico. Contrario a questa opinione si mostrò Griziotti B. (fautore della teoria del reddito entrata), che nel tentativo di includere tutti gli incrementi patrimoniali in quanto tali nel concetto di reddito, inteso nel senso di ricchezza in grado di esprimere capacità contributiva, rifiutò la rilevanza dell'intento speculativo. Dunque, la nozione di reddito mobiliare era stata ricondotta a quella di reddito prodotto e non a quella di reddito entrata, in base alla quale, invece, la materia imponibile sarebbe identificabile nell'incremento patrimoniale di un soggetto indipendentemente dalla sua origine causale. Tuttavia, la giurisprudenza, sulla base dell'art. 3 del t.u. del 1877, il quale considerava altresì redditi imponibili "in genere ogni specie di reddito non fondiario", ritenne che gli incrementi patrimoniali fossero imponibili a prescindere dall'intento speculativo. Orientamento poi successivamente abbandonato per sviluppare il requisito del preordinato intento speculativo come condizione essenziale per l'imposizione delle plusvalenze realizzate in operazioni isolate effettuate da non imprenditori (plusvalenze occasionali). Sia la dottrina sia la giurisprudenza furono concordi nel ritenere che gli incrementi patrimoniali fossero accrescimenti di valore dei beni capitali non derivanti dall'attività del contribuente, ma frutto di forze operanti sul mercato, e tuttavia conseguibili dal soggetto in virtù del suo intuito, della sua abilità e del suo investimento di capitali. Questa teoria consentì di realizzare una mediazione fra il concetto puro di reddito prodotto e la tassazione degli incrementi patrimoniali, come frutto oggettivo dell'investimento di capitale. Si trattava di arricchimenti non prodotti ma guadagnati, mercè l'attività speculativa. L'iniziale collegamento delle plusvalenze alla nozione di reddito prodotto in senso stretto aveva condotto a ritenere che l'unica vicenda in grado di originare il distacco del reddito (frutto) dalla fonte fosse la cessione verso un corrispettivo. Ma proprio questa concezione mostrò presto il proprio difetto in relazione alla tassazione delle plusvalenze derivanti da operazioni di permuta, dove manca un corrispettivo in denaro. In questo caso, si riteneva che l'evento realizzativo si verificasse solo quando il bene ricevuto in cambio fosse entrato nella sfera extraimprenditoriale del contribuente determinando la diretta appropriazione dell'incremento di ricchezza. Viceversa, ove i beni fossero entrati nella sfera imprenditoriale, la permuta non avrebbe originato alcun distacco di nuova ricchezza, né avrebbe rappresentato la compiuta realizzazione di una operazione speculativa, ma avrebbe solo fotografato l'entità del plusvalore maturato dal bene con certezza e definitività fino a quel momento. Così si finiva per sganciare i presupposti di tassazione dei plusvalori aziendali dalle ipotesi di realizzo in senso stretto. Da qui la conclusione che fossero imponibili tutti quegli incrementi di ricchezza certi e definitivi prodotti da eventi che, determinando l'uscita del bene dall'economia del contribuente, avrebbero fatto emergere un plusvalore oggettivamente ascrivibile all'impresa. In tal modo cominciavano ad assumere rilevanza impositiva atti diversi dalla cessione quali l'assegnazione di beni ai soci, le cessioni a titolo gratuito, gli atti di autoconsumo e di destinazione a finalità estranee all'esercizio di impresa, gli atti di conferimento in società. In occasione dell'approvazione del Testo Unico del 1958, che all'art. 81 per la prima volta codificava i presupposti dell'imposta di ricchezza mobile, fornendo al primo comma una definizione generale ed astratta di reddito (che sembrava riconducibile alla nozione di reddito prodotto) e al secondo comma una serie dettagliata di fattispecie impositive (che apparivano riconducibili al concetto di reddito entrata: plusvalenze, vincite alle lotterie), si riaccese un ampio dibattito intorno al concetto di reddito imponibile. Falsitta, facendo leva sul riferimento legislativo al "reddito prodotto" piuttosto che al "reddito percepito", ritenne che il presupposto dell'imposizione fosse unico: il verificarsi di un fatto che rendesse certa e definitiva la formazione del plusvalore e la sua consequenziale acquisizione da parte del proprietario del bene. L'uscita del bene dalla titolarità del soggetto ad un valore di mercato superiore a quello di costo o di acquisto avrebbe importato sempre certa e definitiva acquisizione, da parte dell'alienante, della plusvalenza. Fantozzi, Ancora in tema di realizzazione delle plusvalenze, in Riv.dir.fin., 1965, invece riteneva sussistenti due distinti presupposti: l'uno (la produzione del reddito) riguardante il reddito in senso proprio e le plusvalenze speculative, entrambi tassabili in quanto "reddito prodotto", e l'altro (la

del vincolo sociale e di riduzione del capitale esuberante, non avevano un esplicito trattamento impositivo. Si faceva riferimento ai chiarimenti ministeriali. Per l'ipotesi di recesso da società di persone si era consolidato l'orientamento che solo i soci superstiti dovessero compilare il modello di dichiarazione. Per contro, il socio receduto non doveva dichiarare quote di reddito a titolo di partecipazione agli utili afferenti il periodo di imposta in cui si fosse verificato lo scioglimento del rapporto sociale. Nondimeno le somme attribuite al socio uscente a titolo di liquidazione della quota ex art. 2289 c.c., eccedenti l'investimento di capitale a suo tempo conferito in società, dovevano ritenersi comunque tassabili. Il relativo trattamento veniva desunto dai principi generali ed in particolare dall'art. 76 del d.p.r. n. 597 del 1973 (riguardante i redditi diversi), a condizione che vi fosse intento speculativo nel disinvestimento attuato dal contribuente attraverso il recesso⁴⁷⁷.

realizzazione) riguardante gli incrementi patrimoniali (riconducibili al concetto di reddito entrata), tassabili solo in quanto realizzati. Il realizzo si riteneva sussistente anche nelle ipotesi di iscrizione in bilancio e di distribuzione delle plusvalenze dei beni appartenenti ai soggetti tassati in base al bilancio (tra i quali non vi erano solo le imprese, per le quali era sempre presupposta la speculatività delle plusvalenze, ma anche altri soggetti non qualificabili come imprenditori.). Comunque anche per il presupposto della produzione del reddito l'Autore riteneva che fosse necessario sempre il realizzo, cioè l'intervento di un fatto o atto che facesse acquisire il maggior valore (come aveva sostenuto anche Berliri), e che non fosse sufficiente la certezza e definitività per legittimare l'imposizione. Il problema si poneva in particolare per le plusvalenze iscritte e per gli atti a titolo gratuito. In realtà secondo Fantozzi il requisito della certezza veniva richiamato dalla normativa solo allo scopo di tassare le plusvalenze iscritte. Plusvalenze cioè che benché non realizzate risultavano provate dall'iscrizione in bilancio e quindi con elevata probabilità realizzate. Secondo l'Autore la realizzazione poteva aversi solo attraverso atti idonei a trasformare in un'altra forma di ricchezza l'incremento patrimoniale in cui le plusvalenze consistevano. Considerava una forma di realizzo anche la distribuzione di plusvalenze ai soci e precisamente di realizzo anticipato. In particolare, in sede di liquidazione della società, egli evidenziava l'esistenza di un diritto di credito del socio alla quota di liquidazione e in ciò ravvisava il carattere oneroso (per la società) dell'attribuzione al socio dei beni plusvalenti residuanti dall'attività sociale, l'estremo corrispettivo del conferimento. Contrario a questa opinione si mostrava Falsitta (*Le plusvalenze nel sistema dell'imposta mobiliare*, Milano 1966) che non ravvisava nell'assegnazione dell'azienda all'unico socio in sede di liquidazione un corrispettivo. In realtà egli riteneva tale assegnazione come ipotesi di distribuzione di plusvalenze formatesi durante la permanenza del bene presso la società. A prescindere dall'esistenza di un effettivo realizzo, la normativa allora vigente considerava la fattispecie della distribuzione evento legittimante la tassazione delle plusvalenze in capo alla società (artt. 100 e 106 del T.U. del 1958). Egli precisava che il diritto di credito del socio trovava il suo fondamento nella partecipazione sociale e non in un contratto a prestazioni corrispettive con la società.

⁴⁷⁷Osserva Lupi R., in *Le società per azioni nella disciplina tributaria*, in *Trattato delle società*, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, Torino 1993, che, poiché nel sistema delineato dal testo unico del 1973 soltanto le plusvalenze derivanti da una intenzionale operazione di acquisizione e successiva alienazione, e non anche quelle fortuite, potevano essere assoggettate a tassazione, per procedere all'imposizione delle plusvalenze come reddito diverso, l'Amministrazione finanziaria avrebbe dovuto dimostrare sempre l'intento speculativo, anche nel caso di cessione di pacchetti di controllo in società a base familiare o personale in cui, pur essendo semplice la determinazione della plusvalenza, appariva difficile provare l'acquisto preordinato alla successiva rivendita, trattandosi di partecipazioni spesso detenute per periodi di tempo estremamente lunghi e utilizzate dal socio come strumento imprenditoriale nella gestione della società. In questi casi essendo la partecipazione detenuta dal socio-imprenditore allo scopo di gestire la

Con risoluzione n. 9/849 del 12 giugno 1978, il Ministero delle finanze espresse l'orientamento secondo il quale la partecipazione in società commerciali doveva considerarsi una sorta di operazione speculativa per definizione (come talora affermato anche in giurisprudenza⁴⁷⁸), nel senso che sia l'originario conferimento del capitale che il successivo disinvestimento attuato mediante la cessione o il recesso, dovevano presumersi in ogni caso effettuati nell'ambito del medesimo intento speculativo. Successivamente, anche sulla scorta dei nuovi orientamenti giurisprudenziali⁴⁷⁹, oltre che dei dati normativi⁴⁸⁰, il Ministero ritenne che fosse necessario caso per caso accertare l'intento speculativo (ris. Min. n. 9/540 del 13 marzo 1979)⁴⁸¹. Poi, nella ris. n. 9/318 del 12 giugno 1978, il Ministero ebbe modo di precisare che l'importo da sottoporre a tassazione doveva essere pari alla differenza di valore tra le somme complessivamente liquidate e il *valore patrimoniale* della quota del socio, inteso come valore acquisito dall'originario conferimento per effetto delle variazioni subite dal patrimonio sociale durante la partecipazione del socio, comprese quelle imputabili ad operazioni in corso alla data di scioglimento⁴⁸². Questa interpretazione del differenziale

società, la vicenda della successiva cessione appariva come evento del tutto fortuito dovuto a vicende sopravvenute. Diverso era il caso delle plusvalenze realizzate su quote insignificanti di capitale sociale, acquisite non certo con il fine di gestire la società, bensì di realizzare un guadagno approfittando delle fluttuazioni di borsa. Si tratta delle plusvalenze realizzate dai risparmiatori, le quali pur essendo astrattamente imponibili di fatto sfuggivano all'imposizione perché non dichiarate e difficilmente accertabili. Questa situazione ambigua venne risolta dal Tuir nel senso più favorevole ai contribuenti con l'eliminazione della generalizzata imponibilità delle plusvalenze speculative, sostituita con l'indicazione tassativa di una serie di plusvalenze tassabili, dalle quali fu espunto qualsiasi riferimento all'intento speculativo. Questa soluzione appariva conforme alla tendenza del testo unico ad una rigorosa discriminazione tra fenomeni tassabili e non tassabili ed alla definizione tassativa delle fattispecie imponibili, in un sistema ostile alle clausole generali (come l'intento speculativo) e alle previsioni residuali (come la tassabilità tra i redditi diversi di "ogni altro reddito non altrove menzionato").

⁴⁷⁸ Comm. Trib. Centr. 26 marzo 1981, n. 3636.

⁴⁷⁹ La giurisprudenza proprio con riferimento alla cessione di titoli azionari aveva individuato il carattere speculativo anche in relazione ad attività di valorizzazione del bene successive all'acquisto della partecipazione: Cass. 19 gennaio 1984, n. 457, 9 maggio 1985, n. 2871, comm. Trib. Centr. 12 febbraio 1985, n. 3788. In dottrina: Falsitta G. Le plusvalenze speculative su titoli azionari o altre quote sociali derivanti da operazioni di valorizzazione, in Rass. Trib., 1984, II, p. 271 ss.

⁴⁸⁰ L'art. 76 prevedeva che il carattere speculativo dell'operazione doveva essere dimostrato dall'Ufficio.

⁴⁸¹ Nella diversa ipotesi di liquidazione della quota del socio defunto, non potendosi ravvisare un intento speculativo, veniva applicato l'art. 80 del d.p.r. n. 597 del 1973, che accoglieva ipotesi residuali.

⁴⁸² In tal modo veniva scongiurato il pericolo di doppia imposizione derivante dalla circostanza che lo stesso reddito (quello prodotto dalla società) potesse subire la tassazione sia in capo a coloro che rivestivano la qualità di soci alla chiusura dell'esercizio sia in capo al socio uscente. Tuttavia, in tal modo, si rendeva applicabile nel settore tributario l'art. 2289 c.c., con la conseguenza di rendere valido ai fini fiscali un criterio di proporzionalità nell'imputazione degli utili al socio uscente in relazione al periodo di possesso della partecipazione. Inoltre, si verificava una diversa qualificazione (come reddito diverso o residuale, a seconda delle ipotesi) degli utili attribuiti in corso d'anno al socio uscente rispetto a quella riconosciuta agli utili attribuiti per trasparenza ai soci superstiti a fine esercizio (redditi di partecipazione).

come reddito diverso (o come reddito residuale) valeva per l'ipotesi di recesso da società di persone e si faceva coincidere con la frazione di utili in corso e/o l'avviamento⁴⁸³. Nel caso di recesso da società di capitali, sulla scorta dell'art. 41, comma 1, lett. c) del d.P.R. n. 597 del 1973, che includeva tra i redditi di capitale quelli derivanti dalla partecipazione in società soggette all'Irpeg, si faceva rientrare quel differenziale tra i redditi di capitale, stante il semplice nesso di causalità, generico e non specifico, tra il provento conseguito e la partecipazione detenuta richiesto dalla norma⁴⁸⁴.

Con l'entrata in vigore del Tuir (d.P.R. n. 917 del 1986) e delle relative disposizioni attuative (d.P.R. n. 42 del 1988), con riferimento alla quantificazione del differenziale conseguito dal socio recedente, si procedette ad una unificazione della disciplina per le società di capitali e quelle di persone⁴⁸⁵. Ciò, si riteneva, per dare risalto anche nelle società di persone al fatto originante la produzione di reddito, ossia la partecipazione sociale⁴⁸⁶. Tuttavia la qualificazione di tali redditi in capo ai soci di società di persone

Cfr Belli Contarini, Modificazione della compagine societaria nelle società di persone a seguito di scioglimento parziale del rapporto sociale: aspetti fiscali, in Riv.dir.trib., 1995, I, p. 830.

⁴⁸³ Lovecchio L., Aspetti tributari del recesso del socio con riferimento anche alla liquidazione della quota agli eredi, in Bollettino tributario 20, 1990. il valore patrimoniale veniva fatto coincidere con l'importo nominale della quota nominale più la quota proporzionale di riserve di utili e di capitale formati in capo alla società, più le riserve intassabili oppure già tassate in virtù del principio di trasparenza.

⁴⁸⁴ Questa classificazione consentiva di applicare gli artt. 42 e 45, comma 1, del d.P.R. n. 597 del 1973. La prima disposizione riguardava il criterio di tassazione per cassa; la seconda era relativa alla non imponibilità delle somme percepite a titolo di ripartizione di alcune riserve di capitale. Si riteneva poi che, in base ai principi base dell'ordinamento, si dovessero sottrarre i versamenti in conto capitale. L'inclusione tra i redditi di capitale aveva importanti conseguenze in ordine all'applicazione di ritenute, maggiorazione di conguaglio e credito di imposta. L'allora vigente art. 2437 c.c., inoltre, prevedendo la valutazione della partecipazione del receduto sulla base del bilancio dell'ultimo esercizio ovvero dei prezzi medi dell'ultimo semestre per le azioni quotate in borsa, non consentiva l'espressa attribuzione di utili in corso o di avviamento. Così riteneva la dottrina prevalente, in particolare, Colombo G.E., Il bilancio di esercizio struttura e valutazioni, Torino, 1987 e Di Sabato F., Manuale delle società, Torino, 1988.

⁴⁸⁵ Per le società di capitali le disposizioni di riferimento erano l'art. 44, comma 3, e l'art. 16, comma 1, lett. m), del d.P.R. n. 917 del 1986; per quelle di persone, erano l'art. 6 del d.P.R. n. 42 del 1988 e l'art. 16, comma 1, lett. l) del d.P.R. n. 917 del 1986. L'art. 16, comma 1, del Tuir atteneva ai redditi assoggettabili a tassazione separata: tassazione ancora oggi possibile ma per i soli differenziali da recesso in società di persone. Il discorso valeva anche per le ipotesi di liquidazione della società, di riduzione del capitale esuberante e, per le società di persone, di esclusione e morte del socio.

⁴⁸⁶ Lovecchio L., Aspetti tributari del recesso del socio con riferimento anche alla liquidazione della quota agli eredi, op. cit. p. 1454. Nello stesso senso, Potito E., Il sistema delle imposte dirette, Milano 1989, p. 101: "l'assimilazione all'ordinario reddito delle differenze di valore riguarda quei soli incrementi, rispetto all'originario capitale investito, che traggono la loro disciplina dalla medesima fonte normativa del rapporto dal quale scaturiscono (...) l'eventuale guadagno conseguibile è da porsi direttamente in connessione con l'originario contratto sociale stipulato tra le parti; sicchè è la stessa legge che prevede il diritto del socio ad ottenere, nei citati casi, una quota del netto patrimoniale in proporzione alla quota di partecipazione agli utili (artt. 2282, 2284, 2289, 2467 c.c.)".

rimaneva un fatto oscuro: il riferimento alla definizione contenuta nell'art. 6 del d.P.R. n. 42 del 1988, come redditi di partecipazione, non aiutava ad inquadrare tale differenziale in una delle categorie di cui all'art. 6 del Tuir⁴⁸⁷. In ogni caso si riteneva che le nuove disposizioni avessero reciso il legame concettuale che univa il recesso con la cessione di quote⁴⁸⁸.

Invero, già sotto la vigenza dell'imposta di ricchezza mobile si sottolineava la differenza tra recesso e cessione delle partecipazioni sociali⁴⁸⁹. Tuttavia, si deve evidenziare che il differenziale liquidato al socio non veniva assoggettato a tassazione in capo a quest'ultimo: qualificato come "utili sociali", tale differenziale non poteva ritenersi imponibile in capo al socio in forza dell'art. 83, lett. a) del T.U. dell'imposta mobiliare⁴⁹⁰. Per la parte costituita dall'avviamento si riteneva che mancasse, nei confronti della società, il requisito della definitiva acquisizione, per cui ne veniva esclusa la tassabilità in capo alla società. Infatti, secondo parte della dottrina⁴⁹¹ gli incrementi di valore dei beni sociali (plusvalenze) potevano tassarsi come reddito

⁴⁸⁷ Secondo Potito (op. cit. p. 59) la disposizione contenuta nell'art. 6 del d.P.R. n. 42 del 1988 doveva interpretarsi nel senso che anche i redditi conseguiti dai soci di società di persone dovessero considerarsi come redditi di capitale. Ancora oggi sulla corretta qualificazione di questo differenziale si scontrano due opposte teorie: quella (prevalente) che ritiene che il reddito di partecipazione assume la natura della categoria reddituale da cui trae origine, e, pertanto, si tratterebbe di reddito di impresa; e quella che la qualifica come reddito di capitale. Si veda, art. 20-bis, Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo III, a cura di Fantozzi A., Padova 2010. Secondo Belli Contarini, op. cit. p. 832, l'applicabilità dell'art. 44 (oggi 47), comma 3, Tuir, alla fattispecie in esame, lungi dal voler implicare una qualificazione delle attribuzioni al socio uscente sub specie di redditi di capitale, avrebbe semmai dovuto sottintendere il concetto di disinvestimento del capitale nella partecipazione sociale, talché quanto corrisposto al socio receduto o escluso avrebbe configurato il rendimento derivante dall'impiego del capitale investito nella società. Questa conclusione appariva però problematica per quanto riguarda la parte del guadagno riferibile ad attribuzione di "sottozero", ossia somme aventi natura di capitale eccedenti il costo della partecipazione. Coppola, op. cit. p. 148, aveva rilevato l'inesistenza di una corrispondenza tra reddito (eventualmente) prodotto dalla società e accrescimento patrimoniale conseguito dal socio, e l'impossibilità di ritenere che fosse stata intenzione del legislatore quella di ampliare la "categoria" dei redditi di partecipazione fino a ricomprendervi anche redditi non determinabili per trasparenza. Pertanto, ella concludeva che tra le categorie nominate, indicate all'art. 6 del T.U., quella dei redditi di capitale sembrasse l'unica idonea a consentire di ricomprendere gli eventuali incrementi patrimoniali conseguiti dal socio di società di persone nei distinti casi di risoluzione del vincolo sociale. Ciò anche sulla base della considerazione che un determinato reddito può assumere diverse qualificazioni in relazione al verificarsi di particolari vicende, pur se identica è la fonte da cui esso promana.

⁴⁸⁸ Lovecchio L., Aspetti tributari del recesso del socio con riferimento anche alla liquidazione della quota agli eredi, op. cit. p. 1454

⁴⁸⁹ Secondo Falsitta G., Le plusvalenze, op. cit. p.429, l'elemento decisivo per stabilire se si tratta di recesso o cessione è se le somme che vengono corrisposte al socio uscente sono costituite o meno da fondi sociali.

⁴⁹⁰ Tale disposizione escludeva dalla formazione del reddito mobiliare del singolo socio le somme da questi percepite a titolo di distribuzione o ripartizione degli utili di società e associazioni di ogni tipo.

⁴⁹¹ Falsitta G., Le plusvalenze, op. cit. p. 433

prodotto solo al verificarsi di un fatto che ne rendesse certa e definitiva la formazione⁴⁹², e tale non si considerava la liquidazione del socio.

Invero, con l'entrata in vigore prima del d.P.R. n. 597 del 1973 (e precisamente dell'art. 54, penultimo capoverso)⁴⁹³ e poi del Tuir (e specificamente dell'art. 54, comma 1, lett. c), era stata sancita l'imponibilità in capo alla società dei plusvalori latenti emersi in occasione della liquidazione del socio uscente⁴⁹⁴. Anche il socio receduto (di società di persone), d'altra parte, era tenuto a corrispondere l'Irpef sulle somme erogategli a titolo di plusvalenze latenti.

Anche per quanto riguarda l'avviamento si riteneva che esso fosse effettivamente acquisito in via definitiva dalla società per la quota parte corrispondente al valore liquidato al socio⁴⁹⁵.

⁴⁹² Si veda la precedente nota 147. Per Fantozzi, come visto nella citata nota, anche la distribuzione del residuo attivo ai soci in ipotesi di scioglimento della società poteva considerarsi una forma di realizzo delle plusvalenze latenti in capo alla società e perciò suscettibili di imposizione ai fini dell'imposta di ricchezza mobile. Invero, il canone della certezza e definitività dell'acquisizione delle plusvalenze patrimoniali di per sé non poteva assurgere a fattispecie di imponibilità delle stesse, costituendo piuttosto il motivo della scelta normativa dei concreti e singoli presupposti di tassazione, e quindi spiegando la sua rilevanza solo sul piano meramente interpretativo (Russo P., *La tassazione delle plusvalenze*, p. 538).

⁴⁹³ Tale disposizione recitava: "nei confronti delle società in nome collettivo o in accomandita semplice (...) le plusvalenze determinate con riferimento al valore normale dei beni, concorrono a formare il reddito anche se distribuite ai soci prima dell'alienazione o mediante assegnazione di beni. La lettera c) del comma 1 dell'art. 54 del Tuir non riproduceva la disposizione anzidetta ma recava la generalizzata dell'imposizione delle plusvalenze iscritte, di modo che vi rientrava anche l'ipotesi di distribuzione ai soci di plusvalenze latenti di cui non si poteva ipotizzare la distribuzione senza la preventiva iscrizione contabile. L'imponibilità delle plusvalenze iscritte è venuta meno con l'abrogazione della lett. c) del comma 1 dell'art. 54 del Tuir da parte dell'art. 21, comma 3, della legge n. 449 del 1997, per ragioni essenzialmente legate ai fenomeni elusivi cui la norma aveva dato adito. Infatti, la tendenza ad iscrivere plusvalenze fiscalmente rilevanti nell'attivo patrimoniale consentiva di beneficiare del riconoscimento fiscale di maggiori valori benché non fosse stata pagata effettivamente imposta, per effetto della compensazione delle plusvalenze emerse con eventuali perdite riportabili. Con la legge n. 449 del 27 dicembre 1997, art. 21, venne modificato non solo l'art. 54 del TUIR (oggi art. 86) ma anche introdotta l'irrelevanza delle plusvalenze iscritte ai fini del costo fiscalmente riconosciuto dei beni rivalutati (art. 76, comma 1, lett. c), del TUIR, oggi art. 110). Il riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti è da allora ammesso solo se espressamente previsto da disposizioni di legge, che, solitamente, lo condizionano al pagamento di un'imposta sostitutiva.

⁴⁹⁴ Il che rimandava alla questione dell'ammissibilità in capo alla società della deduzione in termini di costo del quantum erogato al socio ed imponibile in capo a questi, pena, altrimenti, una duplicazione di imposizione: una volta in capo alla società, sottoforma di prescrizione di indeducibilità, e un'altra volta in capo ai percipienti. D'altra parte, veniva in considerazione il fatto che trattasi per la società pur sempre dell'estinzione di un debito proprio e non già personale dei soci, come conferma il prelievo delle somme necessarie dal patrimonio sociale. cfr Belli Contarini, op. cit. p.844

⁴⁹⁵ Conseguentemente si riteneva che dovesse esserne ammessa anche la deducibilità in capo alla società erogante, al fine di impedire fenomeni di doppia imposizione: sia nel caso in cui lo stesso avviamento avesse formato oggetto di nuova tassazione in occasione della successiva vendita dell'azienda, sia in quello in cui, non ammettendone la deducibilità, si sarebbe verificata la doppia imposizione una volta in capo al socio receduto ed un'altra in capo alla società erogante (recte, per trasparenza, in capo ai soci superstiti). Cfr Belli Contarini, op. cit. p. 845. Sul punto Coppola, op. cit. p. 141, aveva rilevato che "non appare (...) rilevante stabilire se il debito di restituzione sorto (...) sia imputabile alla rilevazione di utili

Si deve evidenziare che con il successivo subentro della modifica dell'art. 44, comma 3, ad opera dell'art. 1, comma 1, lett. e) del d.l. n. 330 1993, si mostrava superata la necessità di scomporre la somma globale ed indistinta attribuita al socio a titolo di liquidazione della quota in due parti, l'una riferibile alle poste di origine reddituale e l'altra imputabile alla restituzione di capitale o patrimonio, perché entrambi fiscalmente rilevanti⁴⁹⁶. Invero, sul punto, la dottrina prevalente ha ritenuto che fosse sempre necessario per la società effettuare un distinguo tra la parte fiscalmente irrilevante della quota rimborsata al socio rappresentata dalla restituzione degli originari conferimenti e delle riserve "neutre" nei confronti del socio stesso e la parte corrispondente a quell'eccedenza di valore imputabile alla restituzione di riserve diverse dalle precedenti⁴⁹⁷.

in corso (...) oppure all'emersione di plusvalori latenti (compreso l'avviamento). Se così fosse si dovrebbe ritenere la società obbligata a rilevare in via straordinaria la quota di utili maturata all'epoca dello scioglimento, in assenza di una norma di legge che imponga siffatto adempimento; così come si dovrebbe ritenere la società obbligata a procedere all'iscrizione in bilancio di plusvalenze latenti, pur in mancanza di una previsione normativa che contempli detto obbligo (...). Qualche dubbio al riguardo poteva, in effetti, avanzarsi con riferimento al previgente art. 54, comma 8, del D.P.R. n. 597/1973, atteso che nei confronti della società in nome collettivo e in accomandita semplice, di cui appunto si discorre, le plusvalenze concorrevano a formare il reddito "anche se distribuite ai soci prima dell'alienazione": il che sembrava presupporre la necessità di assoggettare a tassazione i plusvalori latenti, anche se attribuiti ai soci in epoca antecedente al "realizzo" (...). Nessuna rilevanza fiscale assume (...) l'eventuale contabilizzazione dell'avviamento o delle eventuali plusvalenze latenti nella situazione patrimoniale redatta ai sensi dell'art. 2289 del codice civile (...). Il maggior costo che la società deve sostenere per liquidare il debito sorto per effetto dello scioglimento particolare del rapporto sociale non assume, in definitiva, una rilevanza soltanto civilistica: esso presenta, infatti, tutti i requisiti previsti dalla legge ai fini d'una sua rilevanza anche sul piano fiscale".

⁴⁹⁶ Belli Contarini, op. cit. p. 830. Sul punto da ultimo la risoluzione n. 64/E del 25 febbraio 2008. Lo scetticismo in merito alla deducibilità in capo alla società della somma complessiva erogata al socio (al netto del costo della partecipazione) derivava dalla qualificazione fiscale di questa somma: nel momento in cui essa veniva classificata come utile da partecipazione per il socio, non se ne sarebbe potuta ammettere la deduzione in capo alla società. Con la risoluzione anzidetta l'Amministrazione finanziaria, sulla scia della relazione governativa al d.lgs. n. 247 del 2005 (che ha introdotto l'art. 20 bis nel Tuir) ha definitivamente preso posizione sul tema, qualificando tale differenziale come di impresa. Di conseguenza la "differenza da recesso", riconducibile alla quota parte della somma liquidata corrispondente al maggior valore economico del complesso aziendale rispetto ai valori contabili del patrimonio (valore che comprende gli utili in corso e le plusvalenze latenti), assoggettata a tassazione in capo al socio receduto, è deducibile per la società nell'esercizio in cui sorge il diritto alla liquidazione della quota. Ciò, invero potrebbe portare ad un disallineamento tra il momento temporale della deducibilità (che avviene nell'esercizio di competenza) e quello della tassazione del receduto, dal momento che questi, sussistendone i requisiti, può avvalersi della tassazione separata, per la quale vale il principio di cassa, rileva cioè il momento della percezione. Sul punto Trevisani A., Deducibile dal reddito della società di persone la somma attribuita al socio che recede, in Corriere tributario n. 13, 2008, p. 1061

ss.

⁴⁹⁷ In tal senso Coppola, op. cit. p. 82 e Tassani T. op. cit. p. 336.

13. L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA IN TEMA DI REDDITI DI CAPITALE E DIVERSI AI FINI DELL'INDIVIDUAZIONE DELLA CATEGORIA DI APPARTENENZA DELLA DIFFERENZA DA RECESSO

La disciplina impositiva dei differenziali positivi realizzati nei casi previsti dall'art. 47 comma 7 del Tuir, è influenzata dalla evoluzione della normativa in tema di redditi di capitale e diversi.

Sotto la vigenza del d.P.R. 597 del 1973 mancava una disciplina organica della tassazione delle partecipazioni sociali. Questa venne introdotta solo nel 1984 con il d.l. del 19 dicembre, n. 853, art. 3, comma 11, e successivamente completata con il Tuir e la disciplina dei capital gains (d.l. 25 gennaio 1991, n. 27)⁴⁹⁸. Tale disciplina, insieme a quella dei redditi di capitale, è stata più volte revisionata: le modifiche più importanti sono state quelle apportate dapprima con il d.lgs. n. 461 del 1997 e poi con la riforma fiscale del 2003 (d.lgs. 344 del 2003).

Dopo l'introduzione del Tuir la prima impressione che si è avuta è che la categoria dei redditi di capitale fosse caratterizzata dall'assenza di una definizione generale, avendo il legislatore privilegiato un approccio casistico, teso ad individuare singolarmente le fattispecie rilevanti⁴⁹⁹. Il punto più discusso ha riguardato l'interpretazione della lett. h, dell'art. 44 (ex art. 41), Tuir.

Sulla questione si sono contrapposte le teorie che condividono l'idea che tale disposizione rechi una definizione generale di reddito di capitale, anche se variamente interpretata ed anche se tale definizione non costituirebbe un minimo comune denominatore delle diverse ipotesi contemplate dall'art. 44, potendo alcune di esse rientrare nei redditi di capitale solo per mera assimilazione, a quelle che negano la possibilità di ricavare una nozione generale dalle varie fattispecie in essa elencate, e a quelle teorie, infine, che invece ravvedono fra le varie fattispecie un minimo comune denominatore proprio nella lett. h), la quale costituirebbe una sintesi dei caratteri propri

⁴⁹⁸ Come ha osservato Miccinesi, *Le plusvalenze d'impresa*, Milano 1993, p. 94 "la prima inequivocabile breccia nel muro del reddito prodotto, eretto a baluardo della in tassabilità dei plusvalori non riconducibili ad atti di speculazione è opera della normativa sui capital gains (...)", in quanto, "(...) la formulazione della norma non circoscrive affatto la sua portata alle (sporadiche) ipotesi in cui l'aumento di valore derivi da attività ed interventi da parte del detentore dei titoli atti a influenzare positivamente il patrimonio della società o la quotazione di mercato delle partecipazioni".

⁴⁹⁹ Gallo F., *I redditi di capitale*, in *Il reddito di impresa nel nuovo testo unico*, coordinato da A. e V. Uckmar, Padova 1988

di tutte le altre, assurgendo a norma di chiusura della categoria reddituale; pertanto, una nozione di redditi di capitale non potrebbe escludere alcuna delle ipotesi contemplate dall'art. 44⁵⁰⁰.

Nell'ambito della prima di dette teorie, si sono evidenziate le posizioni di coloro che hanno individuato l'esistenza di una nozione unitaria di reddito di capitale in quella di frutto civile⁵⁰¹ (in cui il provento costituisce il corrispettivo di un contratto che assicura il godimento ad un terzo del capitale), in contrapposizione sia a coloro che invece hanno rinvenuto tale nozione in quella di frutto economico del capitale, inteso come mera conseguenza (e quindi a prescindere da dall'esistenza di un nesso di corrispettività) di rapporti aventi ad oggetto la mera concessione alla controparte della disponibilità del capitale (a prescindere dalla finalità del godimento) con la possibilità di ottenerne la restituzione alla cessazione di tale rapporto⁵⁰², sia a quelli che hanno distinto i rapporti lato sensu di finanziamento, che includerebbero ogni provento derivante dall'impiego attuale o potenziale di capitale, dai rapporti di partecipazione⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Commentario breve alle leggi tributarie, op. cit. art. 44, p. 221 e ss.

⁵⁰¹ Marchetti F. Il risparmio nel sistema delle imposte sui redditi, Giuffrè, 1997. Secondo l'Autore, la categoria dei redditi di capitale raccoglie al suo interno redditi derivanti da varie forme di impiego del capitale qualificabili come redditi finanziari, tali essendo non solo quelli provenienti da un impiego statico del capitale (mero godimento dei frutti), ma anche da un impiego dinamico (attività in cui il capitale è utilizzato strumentalmente per il conseguimento del reddito). Siffatta nozione, quindi, sarebbe in grado di ricomprendere non solo ciò che il legislatore sussume sotto l'art. 44, ma anche i capital gains, rientranti tra i redditi diversi, con esclusione dei soli incrementi di ricchezza che non derivano, come frutto o come risultato, da un impiego (statico) o da un utilizzo (strumentale) di un capitale, altrimenti attraendosi a tassazione un reddito soltanto potenziale e non già effettivo. Alla luce di questa configurazione l'Autore dubita dell'inclusione degli utili da partecipazione in società di capitali tra i redditi di capitale: sebbene l'utile societario appaia come la remunerazione per il godimento di un capitale, anche se solo eventuale, più difficile ne è la configurazione come frutto civile il quale si caratterizza per essere il corrispettivo derivante dalla naturale fruttuosità del capitale e la cui produzione comporta l'insorgere dell'obbligo in capo ad un terzo di pagare il corrispettivo stesso oltre che di restituire il capitale. Una tale assimilazione sarebbe possibile solo se si condividesse le tesi civilistiche che vedono nel dividendo il frutto naturale del capitale. Si rinvia al cap. I sulla nozione di utili da partecipazione.

⁵⁰² Escalar G., Contributo allo studio della nozione di reddito di capitale, in Rass.trib., 1997; Gallo, Dir.prat.trib., 1998, I, p. 1219. Secondo Escalar, la categoria da qua comprenderebbe al suo interno due diverse tipologie reddituali, e cioè redditi derivanti dall'impiego di capitale e redditi che pur non derivando da un impiego di capitale, non presentano caratteristiche tali da poter essere ricondotte ad imposizione in altre categorie reddituali. Nella prima rientrerebbero i frutti civili veri e propri e gli utili da partecipazione.

⁵⁰³ Castaldi, I redditi di capitale, in AAVV, L'imposta sul reddito delle persone fisiche, in Giur.sist.dir.trib., a cura di Tesaro, Torino 1994. Nello stesso senso Lupi, Diritto tributario. Parte speciale, Milano, 1996, il quale inserisce nella seconda categoria solo la fattispecie di cui alla lett. e) (utili da partecipazione) dell'art. 44. Nel primo caso, il rapporto giuridico sotteso all'impiego di capitale è di tipo obbligatorio, riconducibile allo schema del debito credito, sicchè viene a configurarsi un corrispettivo per la disponibilità in godimento del capitale sub specie di interesse, il cui ammontare è in genere svincolato dai risultati della gestione del capitale prestato. Nel secondo caso, viceversa, si è in presenza della diretta utilizzazione del capitale da parte dello stesso titolare seppure per il tramite della struttura

Per la terza delle teorie⁵⁰⁴ suddette, che ravvede nella lett. h) dell'art. 44 una norma di chiusura, il reddito di capitale è, invece, il risultato economico dello sfruttamento delle potenzialità produttive del capitale secondo forme che non determinano, almeno secondo un giudizio ex ante, la consumazione e/o la trasformazione definitiva della fonte; questo sfruttamento, peraltro, non richiederebbe un trasferimento attuale del capitale e neppure un trasferimento in senso proprio. Quest'ultima circostanza consente di attirare nella categoria (non più come fattispecie assimilata) anche i proventi derivanti dal contratto di società sia che lo si concepisca come contratto traslativo sia come mera messa in comune di beni⁵⁰⁵.

Secondo questa teoria, il riferimento a rapporti diversi da quelli indicati dalla lett. a) alla lett. g-sexies), implica che la clausola di chiusura di cui alla lett. h) non può trovare applicazione nei confronti di proventi diversi da quelli indicati nelle medesime lettere seppur provenienti dagli stessi rapporti ivi contemplati. Appare questo il caso delle

organizzativa di cui entra a far parte per effetto dell'atto di conferimento-investimento. Da qui la definizione del reddito di capitale in termini di provento ritraibile da un attuale o potenziale impiego produttivo, giuridicamente qualificato, del capitale in quanto tale, così obliterando il riferimento al godimento dello stesso riconosciuto a terzi.

⁵⁰⁴ Esposito R., I redditi di capitale, in Commento agli interventi di riforma tributaria, a cura di Miccinesi M., Padova 1999.

⁵⁰⁵ Questa interpretazione della lett. h) dell'art. 44, Tuir, si inserisce nel contesto della modifica apportata dal d.lgs. n. 461 del 1997. Il precedente testo comprendeva tutti gli interessi, diversi da quelli precedentemente considerati, che non avessero natura compensativa nonché, in generale, i proventi in misura definita derivanti dall'impiego di capitale. Proprio la previsione della "misura definita" dei proventi non era in grado di attrarre ad imposizione le remunerazioni degli impieghi del capitale che non presentavano siffatta caratteristica (e quindi incerti nell'an e nel quantum), onde la medesima non poteva assolvere pienamente la funzione di norma di chiusura oggi attribuitagli dalla dottrina. Nella formulazione vigente, essa è in grado di attrarre a tassazione qualunque reddito prodotto (ossia incremento di ricchezza identificato e perciò delimitato in funzione della fonte di produzione) da un atto di impiego in senso lato del capitale non rientrante nelle lettere precedenti, intendendo per tale ogni utilizzo dello stesso che si manifesti nelle forme dell'affidamento del capitale ad un altro soggetto (anche a prescindere dall'esistenza di un rapporto di corrispettività ed anche se il nesso di corrispettività non intercorra tra la concessione in godimento del capitale ed il reddito conseguito), affinché questo lo amministri, motivato da un criterio di convenienza e funzionalità, per ritrarne un vantaggio suscettibile di valutazione economica. In tal modo il concetto di "impiego del capitale" non si identifica più né con la concessione della disponibilità a terzi di un capitale con obbligo di restituzione dello stesso (e questa era l'opinione di Escalar), né con l'atto di impiego in godimento con obbligo di restituzione e di corresponsione di un provento (Marchetti). Così anche il conferimento - inteso come atto di destinazione all'attività produttiva - configurandosi come impiego di capitale che esprime la tensione dinamica verso il raggiungimento di un risultato, rientra a pieno titolo nella categoria degli impieghi di capitale di cui alla disposizione in parola. Cfr. Commentario breve, op. cit. p. 229 e Esposito R. op. cit. p. 501 ss. Ciò che appare superarsi in questa teoria è la tendenza a ricostruire l'impiego di capitale in un'ottica di alterità in cui assume rilevanza la posizione del titolare del capitale medesimo più che la posizione del soggetto che eroga il reddito. E' importante evidenziare che la qualificazione degli utili dal punto di vista del percipiente non coincide con la qualificazione adottata dal punto di vista del soggetto erogante (sul punto si rinvia al cap I e a Basilavecchia M., la difficile individuazione degli utili da partecipazione, in Corriere tributario n. 5, 2005, p. 365).

somme e dei beni ricevuti dai soci a titolo di ripartizione di riserve da sovrapprezzo per la parte che eccede il valore fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote possedute. Tali valori infatti per l'espresso disposto dell'art. 47, comma 5, Tuir, non costituiscono utili da partecipazione, e quindi non rientrano nella lett. e) dell'art. 44, ma nemmeno nella lett. h), derivando da un rapporto espressamente disciplinato nella lett. e) appunto. Rimane allora l'alternativa tra l'applicare il comma 7 dell'art. 47, ovvero ritenere che la riduzione del valore fiscalmente riconosciuto di cui al comma 5 sia da intendere come possibilità di attribuire un valore negativo, ovvero riconoscere l'esistenza di una smagliatura⁵⁰⁶.

Occorre poi considerarsi che in ogni caso la definizione di reddito di capitale implica che deve trattarsi di un reddito di capitale appunto, il che sottende l'esistenza di un rapporto, avente ad oggetto la temporanea messa a disposizione di terzi di un capitale, che si manifesti quale causa efficiente e produttiva del provento stesso, la norma espressamente escludendo dal proprio perimetro i redditi da capitale i quali, manifestandosi sotto forma di differenziali di valore, integrano gli estremi dei redditi diversi di natura finanziaria. Infatti, la norma di chiusura dell'art. 67 (ex art. 81), lett. c-quinquies) recita: costituiscono redditi diversi le plusvalenze ed altri proventi, diversi da quelli precedentemente indicati, realizzati mediante cessione a titolo oneroso ovvero chiusura di rapporti produttivi di redditi di capitale e mediante cessione a titolo oneroso ovvero rimborso di crediti pecuniari o di strumenti finanziari, nonché quelli realizzati mediante rapporti attraverso cui possono essere conseguiti differenziali positivi e negativi indipendentemente da un evento incerto.

Generalmente i redditi diversi sono conseguiti mediante operazioni di negoziazione e non di impiego del capitale. Anche la chiusura dei rapporti produttivi di redditi di capitale è generalmente l'effetto di una negoziazione. Il reddito diverso è un reddito "da capitale", ossia un provento finanziario differenziale in cui il negozio di impiego di capitale, se esiste, non si pone comunque come diretta causa produttiva del provento stesso⁵⁰⁷. Nei redditi diversi da negoziazione finanziaria il titolare avendo già impiegato il capitale per acquisire titoli che producono redditi di capitale, li rivende e realizza una plusvalenza che costituisce appunto reddito diverso (un reddito non prodotto, un reddito entrata). La fonte è pur sempre il capitale ma il reddito deriva non dallo sfruttamento del

⁵⁰⁶ Esposito R. op. cit. p. 509, nota 131.

⁵⁰⁷ Gallo F., Il reddito come frutto economico, in *Il fisco*, 1998, p. 6522

capitale ma da un'attività di negoziazione.

Per quanto riguarda l'ultima parte della norma ("quelli realizzati mediante rapporti attraverso cui possono essere conseguiti differenziali positivi e negativi in dipendenza di un evento incerto"), è stato osservato che qui il riferimento all'incertezza non è un concetto estraneo al reddito di capitale (si pensi agli utili da partecipazione), tuttavia, nel caso dei redditi diversi, l'incertezza del risultato può derivare da elementi estranei o esterni all'utilizzazione diretta del capitale. Così il provento, non derivando dall'utilizzo del capitale, quanto piuttosto da un evento incerto, può considerarsi prodotto non già secondo un legame di causa ad effetto direttamente da capitale, bensì soltanto determinato in dipendenza di un evento incerto⁵⁰⁸.

In definitiva, sono imponibili come redditi diversi tutti i proventi il cui conseguimento non è collegato ad un rapporto di impiego del capitale, né all'acquisto e successiva cessione di un bene (intento speculativo)⁵⁰⁹.

L'individuazione dei redditi di natura finanziaria imponibili come redditi diversi risulta dalla combinazione di cinque distinte previsioni impositive di carattere analitico e cioè quelle previste dalle lett. c), c bis), c ter), e c quater) ed una previsione impositiva di chiusura e cioè la lett. c quinquies). Per evitare che uno stesso reddito possa ricadere in più previsioni impositive, le previsioni analitiche e quelle di chiusura non sono poste sullo stesso piano, ma su piani successivi, in quanto ciascuna di esse considera imponibili come redditi diversi soltanto i redditi che non risultino già imponibili sulla base delle precedenti previsioni. Inoltre, sia le fattispecie impositive analitiche sia quella di chiusura sono poste in posizione di subordine rispetto alle fattispecie impositive che individuano le diverse tipologie di redditi di capitale: infatti i redditi indicati nell'art. 67 sono qualificabili come redditi diversi sempreché non costituiscano redditi di capitale; pertanto qualora uno stesso reddito fosse inquadrabile sia nell'elenco dei redditi diversi che nell'elenco dei redditi di capitale, il conflitto normativo andrebbe risolto dando sempre prevalenza alla qualifica di reddito di capitale.

⁵⁰⁸ Esposito R., op. cit. p. 515.

⁵⁰⁹ E' questo il caso dei redditi derivanti dai contratti derivati e dagli altri contratti attraverso cui possono essere realizzati differenziali positivi o negativi in dipendenza di un evento incerto. In questo caso non è mai ammessa la deducibilità dei componenti negativi di reddito. In effetti è possibile suddividere i redditi diversi di natura finanziaria in tre masse distinte: la prima e la seconda, nell'ambito delle quali sono ricomprese le plusvalenze da cessione onerosa di partecipazioni qualificate, che sono soggette all'Irpef o all'Ires, la terza, che comprende le plusvalenze da cessione onerosa di partecipazioni non qualificate, che è soggetta ad imposta sostitutiva. Cfr Escalar G., I redditi diversi, in Commento agli interventi di riforma tributaria, a cura di Miccinesi M., Padova 1999, p. 549-550

Con l'art. 47, comma 7 (ex art. 44, comma 3), Tuir, le mere differenze positive di valore della quota di capitale originariamente sottoscritta o acquistata dal socio sono state ricondotte nella nozione di utile da partecipazione. Ciò in quanto la fonte genetica di tali differenze è la stessa di quella dei dividendi, ossia il contratto sociale: qui si prevede quando nasce il diritto del socio ad ottenere una porzione del netto al verificarsi di eventi straordinari della vita sociale e si stabiliscono le modalità di determinazione della stessa⁵¹⁰. Come visto il conferimento (che è parte integrante della causa-sinallagma del contratto sociale) può essere considerato un atto di impiego del capitale, pertanto tutti i redditi che trovano la loro fonte diretta in codesto atto sono redditi di capitale. Va però considerato che le somme e i beni ricevuti dai soci a titolo di ripartizione di riserve e fondi aventi natura di capitale, per la parte che eccede il valore fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote, non costituisce utile da partecipazione, ai sensi dell'art. 47, comma 5 (ex art. 44, comma 1) del Tuir. Tale eccedenza, quindi, non rientra nella lett. e) (che appunto si riferisce agli utili da partecipazione) di cui all'art. 44, ma nemmeno rientra nella lett. h) di chiusura di tale ultima disposizione, posto che, come visto sopra, il riferimento a rapporti diversi da quelli indicati dalla lett. a) alla lett. g-sexies), implica che la clausola residuale di cui alla lett. h) non può trovare applicazione nei confronti di proventi diversi da quelli indicati nelle medesime lettere seppur provenienti dagli stessi rapporti ivi contemplati.

Applicando il comma 7 dell'art. 47, la restituzione del capitale e dei fondi assimilati (per la parte che eccede la somma investita) darebbe, invece, sempre luogo a somme qualificabili come utile da partecipazione. La questione si presenta interessante anche per la considerazione che, in ipotesi di cessione della partecipazione il regime impositivo del plusvalore realizzato può beneficiare di una tassazione sostitutiva (se si tratta di partecipazioni non qualificate), mentre, nel caso del recesso tipico, tale possibilità appare preclusa, dovendo l'intero differenziale essere trattato come reddito di capitale. Eppur vero, però, che, dopo la riforma del 2003, trova applicazione il regime di parziale imposizione di cui all'art. 47 comma 1; come anche è vera la notazione che il

⁵¹⁰ Per tale ragione le plusvalenze che derivano dalla cessione a terzi delle partecipazioni sono imponibili come reddito diverso e non come utile da partecipazione. L'eventuale accrescimento patrimoniale conseguito dal socio è qui dovuto a fattori estranei al contratto sociale, non predeterminabili in maniera oggettiva, ma dipendenti da elementi contingenti. Nel caso di possesso della partecipazione nel regime di impresa, gli eventuali plusvalori conseguiti sono sempre reddito di impresa.

recesso tipico (quello cioè che comporta l'annullamento della partecipazione) non è paragonabile ad una cessione a titolo oneroso, la quale, come visto sopra, è la fonte principale dei redditi diversi di natura finanziaria, né esistono norme nel Tuir che sanciscono l'equiparazione del recesso alle cessioni a titolo oneroso come avviene per i conferimenti in natura, ai sensi dell'art. 9 del Tuir.

Resterebbe la possibilità di ricondurre il differenziale in esame alla lett. c quinquies) dell'art. 67, il quale, come innanzi evidenziato, accoglie, nell'ultima parte, i proventi che non derivano dall'utilizzo del capitale, ma da un evento incerto: proventi cioè che non si possono considerare prodotti, secondo un legame di causa ad effetto, direttamente dal capitale, bensì soltanto determinati in dipendenza di un evento incerto.

Sulla questione, comunque, esistono interpretazioni contrastanti che subito vedremo.

Occorre precisare che i medesimi proventi derivanti dal possesso di partecipazioni in società di persone ed enti assimilati, non costituiscono redditi di capitale ma, in quanto risentono della natura del reddito prodotto dalla società, sono considerati "redditi da partecipazione" e quindi redditi di impresa (cfr art. 5 Tuir).

14. NATURA REDDITUALE DEL SOTTOZERO: LUCI ED OMBRE DELLA LEGISLAZIONE VIGENTE.

In dottrina, sebbene non esista un'espressa regolamentazione sul punto, sussiste unanime convincimento che così come, per espressa previsione dell'art. 47 comma 7 del Tuir, al momento della cessazione del rapporto sociale l'eccedenza attribuita al socio rispetto a quanto investito è reddito imponibile, altrettanto deve dedursi per la medesima eccedenza pervenuta al socio, durante la permanenza della qualità di socio, in ipotesi di distribuzione di poste di capitale ex art. 47 comma 5. In genere, quindi, si ricava la tassabilità nei casi di distribuzione di poste di capitale dall'applicazione analogica di quanto previsto nel caso del recesso tipico⁵¹¹.

A tal riguardo si presentano due problematiche: la prima attiene alla correttezza dell'applicazione analogica dell'art. 47, comma 7, ai casi disciplinati dalla stessa disposizione al comma 5; la seconda riguarda l'esattezza della classificazione come reddito di capitale di tale differenziale negativo (anche nell'ipotesi del recesso).

⁵¹¹ Altro ragionamento deve farsi per l'ipotesi della riduzione del capitale esuberante, in cui subentrano motivazioni collegate alla precedente imputazione di utili a capitale. Si rinvia al cap. II.

Quanto al primo problema, è stato evidenziato che la rilevanza reddituale della differenza negativa tra quanto ricevuto e quanto pagato dal socio per ottenere la partecipazione prescinde dall'applicazione analogica dell'art. 47, comma 7: essa emerge dall'applicazione di principi generali di carattere logico-sistematico. In particolare è stato messo in luce che una lettura a contrario della norma avrebbe finito per mostrare una serie di effetti distorsivi, consentendo di beneficiare di indebiti salti d'imposta. Specie con riferimento alla distribuzione del fondo sovrapprezzo, sia la prassi ministeriale⁵¹² che la dottrina⁵¹³, hanno infatti riconosciuto che, se si fosse considerata intassabile la differenza qui in esame, si sarebbe finito per legittimare implicitamente l'effettuazione di facili manovre elusive⁵¹⁴. D'altra parte, l'attribuzione di tali eccedenze, pur essendo attinte da "riserve da conferimento", rappresenta comunque per il socio una "nuova ricchezza", che avrebbe anche i requisiti di certezza e definitività, sebbene non sia possibile individuare una causa di realizzo, non indicando, l'attuale legislazione, la "distribuzione" di poste del patrimonio netto come evento realizzativo di redditi imponibili, come invece avviene per il recesso, la riduzione del capitale esuberante, l'esclusione, il riscatto e lo scioglimento della società. Occorre però dire che in questo senso sembra esprimersi, seppure con riferimento all'applicazione del regime delle plusvalenze esenti, l'art. 86, comm 5 bis, del Tuir, laddove riconosce natura di reddito (e precisamente di plusvalenza) all'eccedenza ricevuta a titolo di ripartizione di riserve di capitale. Ancora, è stato osservato che⁵¹⁵ è vero che l'art. 47, comma 3, pone il principio di carattere generale secondo cui le somme o i beni che la società distribuisce ai soci

⁵¹² Risoluzione ministeriale n. 79/E del 31 maggio 2001, circolare 21 maggio 1999, n. 112/E, risoluzione del 7 luglio 2000, n. 106/E. In tale prassi, d'altra parte, l'eccedenza di cui ci si sta occupando viene qualificata come capital gains.

⁵¹³ In particolare, Stevanato D., Le restituzioni di capitale ai soci fra elusione, norme espresse e principi sistematici, in *Rass.Trib.*, 1994, pag. 1126 e seguenti; Lupi R., Differenza negativa fra costo della partecipazione e valore del bene, in *Corr.Trib.*, n. 20/1999, pag. 1494; Porcaro G., La restituzione dei conferimenti e la valutazione delle partecipazioni sociali, in *Riv.dir.trib.*, 1993, pag. 359 s; Lupi R., *Profili tributari della fusione di società*, Padova, Cedam, 1989, pag. 183 in nota.

⁵¹⁴ Si è fatto riferimento all'ipotesi di un socio che intendesse cedere la propria quota di partecipazione ad un terzo: in tal caso, egli avrebbe potuto accordarsi con l'acquirente concordando, in alternativa alla cessione della partecipazione, produttiva di plusvalenze imponibili, la delibera di un aumento del capitale con un rilevante sovrapprezzo (sottoscritto unicamente dal nuovo socio), seguita dalla restituzione del sovrapprezzo medesimo a tutti i soci (compreso il venditore-vecchio socio) in esenzione d'imposta. Attraverso tale meccanismo si sarebbe ottenuto il mutamento degli equilibri societari in esenzione d'imposta per il vecchio socio; quest'ultimo, oltre a conseguire una vera e propria plusvalenza da cessione in una modalità non imponibile, si sarebbe ritrovato ad essere ancora titolare delle proprie quote azionarie, sia pure ormai con un costo fiscale inferiore allo zero, che avrebbe potuto quindi cedere ad un prezzo irrisorio. Sul punto occorre comunque considerare anche l'evoluzione della normativa in tema di plusvalenze esenti.

⁵¹⁵ Escalar G., *Contributo allo studio della nozione di reddito di capitale*, op. cit. p. 285.

mantengono presso i secondi la stessa qualifica che avevano presso la prima, tuttavia questo principio è espressamente e sistematicamente derogato dal successivo comma 7. Riguardo alla seconda questione la dottrina oscilla tra ritenere che il “sottozero” abbia natura di plusvalenza oppure di reddito di capitale.

Sul punto Sepio G.⁵¹⁶ ha osservato: “analizzando la natura di queste somme emerge chiaramente come la sostanza del fenomeno reddituale in esame sia quella tipica delle plusvalenze, in quanto espressiva dell'eccedenza di quanto ottenuto rispetto ad una somma investita; non si tratta, infatti, come avviene per i dividendi, di somme che hanno una natura reddituale in sé, come prodotto dell'attività sociale. Si tratta invece di somme che hanno natura reddituale solo se confrontate con l'importo dell'investimento originario; per tale motivo la somma in esame va ricondotta alla categoria dei redditi diversi di natura finanziaria (capital gains), anziché a quella dei frutti dell'investimento, inseriti nei redditi di capitale. Per comprendere le ragioni che giustificano un tale inquadramento è necessario prima di tutto analizzare i tratti caratteristici delle suddette categorie. A questo proposito, è possibile osservare che: a) rientrano nei redditi diversi di natura finanziaria (capital gains) le grandezze differenziali tra le somme "investite" dai soci nella acquisizione delle attività finanziarie a titolo di apporto (ad esempio, prestito, conferimento, versamento a fondo perduto eccetera), ovvero di costo di acquisto, e le somme ritratte dal "disinvestimento" delle attività, medesime, se provenienti a loro volta da investimenti di terzi (i quali acquistano i titoli del contribuente); b) rientrano nei redditi di capitale le attribuzioni agli investitori di ricchezza autonomamente generata dall'investimento medesimo, senza dunque l'apporto di risorse di altre controparti; rientrano dunque in questa categoria gli interessi derivanti da investimenti di tipo finanziario (mutui), ed i dividendi generati da utili prodotti da investimenti di tipo associativo (società)”⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Sepio G. Distribuzione di riserve derivanti da conferimenti, eccedenze della somma distribuita rispetto al costo della partecipazione e loro qualificazione Reddituale, in Rass. Trib. n. 3,2001, p. 809.

⁵¹⁷ Invero l'Autore sembra ritenere che l'eccedenza in parola sia suscettibile di assumere una veste reddituale diversa a seconda che ci si trovi nell'ipotesi di cui al comma 5 o in quella di cui al comma 7. Egli, infatti, afferma che: “il tenore di questa norma (l'art. 47, comma 7) non sembra tuttavia permetterne una interpretazione estensiva, fino a ricomprendere all'interno della stessa anche le differenze in esame (quelle connesse alla distribuzione di poste di capitale). Nel nostro caso, infatti, non solo non ci troviamo di fronte ad ipotesi "di recesso, di riduzione del capitale esuberante o di liquidazione societaria", ma soprattutto le eccedenze non scaturiscono dal prezzo pagato per le "azioni o quote annullate"(...). La distribuzione del fondo sovrapprezzo infatti (...)non prevede l'annullamento delle azioni ma si limita a garantire al socio una somma a titolo di ripartizione del fondo senza incidere in alcun modo sulle azioni stesse”.

Parere opposto è stato espresso sul tema da altra dottrina alla luce della normativa sui redditi di capitale e diversi. È stato detto che⁵¹⁸ anteriormente alle riformulazioni operate dal D.Lgs. n. 461/1997, la lett. h) del comma 1 dell'art. 44 non era in grado di assumere alcuna valenza definitoria della categoria nozionale dei redditi di capitale. La capacità attrattiva della lett. e) dell'art. 44, che testualmente ricomprendeva tra i redditi di capitale gli "(...) utili derivanti dalla partecipazione in società ed enti soggetti all'imposta sul reddito delle persone giuridiche", si dilatava sino a ricondurre, nel suo ambito dispositivo, anche le somme percepite a titolo di ripartizione di riserve di capitale, nonché quelle percepite in caso di recesso, di riduzione del capitale esuberante o di liquidazione anche concorsuale della società. Per tale via, la vis attrattiva della lettera e) dell'art. 44 si ingigantiva sino a ricondurre, nel suo ambito dispositivo, fenomeni che poco hanno a che fare con la percezione di utili in seguito all'assunzione di una ordinaria delibera assembleare di distribuzione. E tuttavia, tale processo di assimilazione appariva alquanto eterodosso, trovando, segnatamente, la sua genesi nell'art. 47 (e pertanto in una disposizione "ancillare" all'art. 44, in quanto tesa a fissare il quantum imponibile), in luogo che, com'era lecito aspettarsi, in una disposizione definitoria della categoria nozionale dei redditi di capitale recata, per ipotesi, dall'art. 44. Con la riforma del 97, la lett. h) dell'art. 44 ha assunto valenza definitoria dell'intera categoria dei redditi di capitale. Tale definizione presenta matrice volutamente economico-sostanziale, la quale, per la configurabilità di un reddito di capitale, consente di ritenere sufficiente l'esistenza di un atto (negozio o altro rapporto) attraverso il quale sia posto in essere un impiego di capitale, a nulla rilevando, a tal fine, che si tratti di rapporto a prestazioni corrispettive, ovvero ancora che, nell'ambito di tale rapporto, il nesso di corrispettività non intercorra tra la concessione in godimento del capitale ed il reddito conseguito. Appare sufficiente l'esistenza di un rapporto giuridico che comporti il trasferimento della proprietà di un capitale con la possibilità di ottenerne la restituzione alla cessazione di tale rapporto, a nulla rilevando, a tal fine, che il diritto alla restituzione del capitale sia incondizionato, e potendo bensì darsi che il medesimo sia commisto, de facto, alla partecipazione alle perdite derivanti dall'attività nella quale il capitale sia stato investito. Ciò posto, è possibile concludere che dalla lett. e) dell'art.

⁵¹⁸ Cfr Bloch J., La distribuzione delle riserve da sovrapprezzo origina sempre redditi di capitale, in Corr. Trib. n. 42, 2002, p. 3805

44, reinterpretato alla luce della lett. h), sono attratti non solo gli utili percepiti dal socio in seguito all'assunzione di un'ordinaria delibera assembleare di distribuzione, ma anche, del tutto indistintamente, i redditi complessivamente derivanti, per esso, da quel rapporto avente per oggetto l'impiego del capitale che si è instaurato a partire dal primo atto di conferimento-investimento. Nel corso del rapporto associativo, pertanto, ad atti di "instaurazione" del rapporto avente ad oggetto l'impiego del capitale, consistenti nel trasferimento "a pronti" del medesimo in occasione della sottoscrizione del capitale sociale, dell'effettuazione di versamenti a fondo perduto o nella remissione di precedenti finanziamenti, potranno contrapporsi atti di restituzione del capitale originariamente concesso, per così dire, "in impiego", in occasione della ripartizione delle riserve da sovrapprezzo o comunque delle riserve di capitale, nonché del recesso, della riduzione del capitale esuberante o della liquidazione della società.

A questa tesi può opporsi quanto messo in luce più sopra: le somme e i beni ricevuti dai soci a titolo di ripartizione di riserve e fondi aventi natura di capitale, per la parte che eccede il valore fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote, non costituisce utile da partecipazione, ai sensi dell'art. 47, comma 5 del Tuir. Tale eccedenza, quindi, non rientra nella lett. e) (che appunto si riferisce agli utili da partecipazione) di cui all'art. 44, ma nemmeno rientra nella lett. h) di chiusura di tale ultima disposizione, posto che il riferimento a rapporti diversi da quelli indicati dalla lett. a) alla lett. g-sexies), implica che la clausola di chiusura di cui alla lett. h) non può trovare applicazione nei confronti di proventi diversi da quelli indicati nelle medesime lettere seppur provenienti dagli stessi rapporti ivi contemplati.

Gli accesi dibattiti intorno alla natura reddituale del sottozero non si sono sopiti nemmeno con la riforma fiscale del 2003. Il legislatore della riforma non ha colto l'occasione per chiarire il trattamento fiscale dell'eventuale differenza negativa, almeno con riferimento alle partecipazioni detenute al di fuori dell'esercizio di impresa.

Per quelle che costituiscono beni d'impresa, l'intervento normativo correttivo dell'Ires del 2005 (cfr. art. 86, comma 5-bis, del Tuir, introdotto dall'art. 6, comma 1, del D.Lgs. n. 247/2005) consente di dire che dalle nuove norme emerge, in primo luogo, con chiarezza, la necessità di scorporare, dall'ammontare imponibile ricevuto dal socio, la parte derivante dalla restituzione delle riserve di capitale rispetto al valore fiscalmente riconosciuto della sua partecipazione, e, in secondo luogo, che tale eccedenza si

qualifica come plusvalenza che potrebbe essere imponibile ai sensi dell'art. 86 o esente ex art. 87 (oppure ex art. 58, comma 2, del Tuir, anche se limitatamente al 95 per cento o al 60 per cento del suo ammontare) al verificarsi dei requisiti per l'applicazione della participation exemption.

Per le persone fisiche, al di fuori del regime d'impresa, secondo la prassi⁵¹⁹ dell'Agenzia delle Entrate, in questi casi emergerebbe, invece, "un reddito di capitale da assimilare ai dividendi". È stato osservato, comunque, che, nella fattispecie, sembra influente, anche se non coerente sul piano sistematico, qualificare detta differenza come reddito di capitale o come reddito diverso, in considerazione del medesimo trattamento fiscale previsto per la somma o il valore percepito in capo al socio. Tuttavia questa qualificazione dell'intero sottozero come "dividendo" non appare in linea con gli attuali principi di tassazione degli utili societari e finisce per determinare un salto d'imposta o, comunque, una sensibile riduzione della tassazione (nella misura del 49,72 per cento o del 12,50), se si considera che la detassazione del dividendo è legata al corrispondente prelievo in capo alla società partecipata: cosa che non avviene per la parte corrispondente al sottozero, derivando lo stesso da riserve aventi natura di capitale che, come tali, non fanno sorgere materia imponibile in capo alla società⁵²⁰. È stato anche osservato che, in relazione a partecipazioni non qualificate, si manifesta un'altra incoerenza, apparendo l'applicazione della ritenuta a titolo di imposta nella misura del 12,50%, limitata ai soli casi di cui all'art. 47 comma 7. In effetti, il comma 1 dell'art. 27 del d.P.R. n. 600 del 1973 circoscrive l'applicabilità della ritenuta anzidetta "anche ai casi di cui all'art. 47, comma 7", senza far menzione di quelli di cui al comma 5; il comma 1 bis dispone l'applicazione della ritenuta "sull'intero ammontare delle somme o dei valori corrisposti, qualora il percettore non comunichi (al sostituto d'imposta) il

⁵¹⁹ Circolare n. 36 del 2004. nello stesso senso la circolare Assonime n. 32 del 2004

⁵²⁰ Sul punto, Coppola P., Il regime tributario delle poste di patrimonio netto tra norme civilistiche e fiscali, in "Rassegna tributaria" n. 1, 2007, pag. 78). L'A. Ritene che sarebbe più coerente che il reddito di capitale conseguito in questi casi fosse tassato per intero. Ciò si potrebbe ottenere riconducendo il differenziale in esame alla lett. h) dell'art. 44, che contempla in via residuale, l'imponibilità dei proventi derivanti da altri rapporti aventi per oggetto l'impiego di capitale. Sul punto, valgono però le considerazioni di altra dottrina, più sopra messa in luce, riguardo il rapporto tra la lett. h) e le altre lettere dell'art. 44: la natura di norma di chiusura della lett. h) e di sintesi dei caratteri propri di tutte le altre, non consentirebbe di ritenere tale norma autonoma, conseguentemente, se una fattispecie non rientra in nessuna delle altre lettere dell'art. 44, non è possibile farvela rientrare attraverso la lett. h). D'altra parte la necessità di una tassazione per intero del differenziale di cui ci stiamo occupando sembra sia stata messa in luce anche dalla relazione al d.lgs. n. 344 del 2003, nel punto in cui, commentando l'istituto della pex, afferma che in assenza di esenzione il differenziale tra la somma ricevuta dal socio ed il costo della partecipazione concorre a formare il reddito imponibile per intero.

costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione”. Questa seconda disposizione è letteralmente applicabile solo alle ipotesi di cui all'art. 47, comma 7; in tal modo si pone il dubbio che l'utile da partecipazione ritratto dal socio a seguito di un'operazione di distribuzione di riserve di capitale (in relazione ad una partecipazione non qualificata) non possa favorire del regime della tassazione ridotta⁵²¹.

È stato osservato anche che, per la quantificazione esatta della somma imponibile in capo al socio come eccedenza (negativa) da capitale, si dovrebbe tener conto, nell'ipotesi in cui la partecipazione sia stata acquistata in epoche diverse e a prezzi diversi, dell'incidenza percentuale dei singoli strati della partecipazione rispetto al possesso complessivo. Pertanto, si dovrebbe applicare non un calcolo per valori assoluti ma proporzionale. In tal modo l'imputazione delle riserve di capitale avverrebbe in proporzione alle percentuali della partecipazione riferibili ai diversi strati di formazione⁵²². Questo metodo si presenterebbe come il reciproco di quello stabilito dall'art. 94, comma 6, Tuir, per le ipotesi di versamenti a fondo perduto o in conto capitale effettuati dai soci a favore della società, che si aggiungono al costo dei titoli e delle quote in proporzione alla quantità delle singole voci della corrispondente categoria, e cioè in proporzione alla quantità di titoli ricompresi in ciascuno strato di formazione⁵²³.

Ciò detto, occorre anche segnalare la tesi di altra dottrina che ha avanzato l'ipotesi, con riferimento alla fattispecie di cui al comma 5 dell'art. 47, del riconoscimento di un costo fiscale negativo della partecipazione, sulla base delle seguenti argomentazioni: non è possibile l'interpretazione estensiva del comma 7 dell'art. 47; la distribuzione di riserve di capitale incide sul costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione, riducendolo, e,

⁵²¹Cfr. Rossi L., Scarioni P., La restituzione delle riserve di capitale ai soci, in Boll.trib., n. 11, 2004, p.824 ss

⁵²²Ad esempio, una partecipazione del 5%, acquistata per il 3% nel 2000, al prezzo di 100, e per il 2% nel 2002, al prezzo di 1000, in ipotesi di distribuzione di riserve di capitale per 500, farebbe sorgere materia imponibile solo applicando il criterio di proporzionalità. Infatti, rispetto al primo strato di formazione della partecipazione, verrebbe in evidenza un utile da partecipazione pari a 200, risultando le riserve imputate proporzionalmente a ciascuno strato nella misura, rispettivamente, di 300 per il primo strato e di 200 per il secondo strato. Rispetto al secondo strato si verificherebbe un abbattimento del costo fiscalmente riconosciuto pari a 200, che, pertanto, si porterebbe a 800. In caso di recesso, in ipotesi di attribuzione di una somma pari a 1500, di cui 1000 a titolo di riserve di utile e 500 a titolo di riserve di capitale, seguendo lo stesso criterio verrebbe in essere, rispetto al primo strato di formazione della partecipazione un sottozero pari a 200. Infatti, rispetto al primo strato le riserve di capitale andrebbero imputate per 300 e quelle di utile per 600, rispetto al secondo strato, invece, le riserve di capitale andrebbero imputate per 200 e quelle di utile per 400, col risultato che, rispetto a tale strato, si verrebbe a configurare una perdita di 400 indeducibile.

⁵²³Cfr., Rossi, Scarioni, op.cit., p.827

quindi, sulla misura della plusvalenza che sarà realizzata in sede di cessione della partecipazione ovvero, al più tardi, in sede di liquidazione della società⁵²⁴; l'immediata tassabilità sancita in occasione della cessazione del rapporto sociale non è in contrasto con tale interpretazione perchè proprio a causa dello scioglimento del vincolo sociale non è più possibile rinviare la tassazione dell'eccedenza ad un momento successivo.

Questa tesi però non tiene conto del fatto che una partecipazione con valore negativo difficilmente troverà sul mercato una collocazione tale da far realizzare al titolare un guadagno. Queste d'altra parte erano le considerazioni che hanno indotto dottrina e giurisprudenza a ritenere tassabili i differenziali conseguiti a seguito della distribuzione del fondo sovrapprezzo azioni: distribuzione che si prestava a comportamenti elusivi della tassazione.

Per quanto riguarda le società trasparenti (non solo quelle di persone, ma anche quelle di capitali aventi i requisiti per optare per l'applicazione dello stesso regime), in via di principio, è da escludersi l'autonoma qualificabilità dei redditi di partecipazione dei soci, imponendosi una classificazione degli stessi nella categoria reddituale in cui si inquadra la relativa fonte, ossia l'attività societaria⁵²⁵.

In altre parole, l'adozione del metodo della trasparenza richiede la classificazione dei redditi derivanti dalla partecipazione quali redditi di impresa, non potendosi configurare la produzione di utili da partecipazione. Di conseguenza anche l'eccedenza tassabile attribuita al socio richiederebbe di essere classificata alla stessa stregua di "reddito di impresa". Contro questa conclusione è stato sostenuto che appare "difficilmente conciliabile la natura di "redditi di partecipazione" di questi proventi con il fatto che il soggetto uscente, non potendosi più ritenere socio dal momento in cui si verifica la risoluzione del rapporto sociale, in effetti non partecipa affatto alla ripartizione del reddito determinatosi in quel periodo d'imposta, il quale come noto viene imputato ai soli soci che rivestono tale qualifica alla chiusura dell'esercizio. La liquidazione della singola quota, infatti, non è considerata dal legislatore tra quelle vicende che, interrompendo l'ordinario periodo d'imposta (...) determinano l'esigenza di una autonoma rilevazione del reddito maturato in corso di anno. Ne deriva che il reddito dell'esercizio nel corso del quale si è verificata l'estromissione di uno dei soci deve

⁵²⁴Aprile M., Mancusi M., Quale regime impositivo per le distribuzioni di riserve di capitale eccedenti il costo della partecipazione?, in Dialoghi di diritto tributario, n. 4, 2005, p. 627.

⁵²⁵Boria, Il principio di trasparenza, op. cit. p. 238.

comunque essere determinato secondo gli ordinari criteri previsti (...) per i redditi d'impresa, con riferimento alla durata dell'ordinario periodo d'imposta ed essere sottoposto a tassazione, secondo il menzionato principio di trasparenza, in capo ai soli soci superstiti”⁵²⁶. Per questa tesi l'unica categoria reddituale che appare idonea ad accogliere la differenza da recesso (nel suo intero ammontare) è quella dei redditi di capitale (e precisamente la lett h) dell'art. 44.

A questa soluzione è stato opposto che non è vero che il socio uscente non possa qualificarsi come soggetto che partecipa ai risultati economici della società. Infatti, il diritto alla liquidazione spetta ad un soggetto che lo ha maturato nella propria veste di socio. Il diritto di credito sorge contestualmente all'uscita di quest'ultimo dalla società e rappresenta un momento (seppur l'ultimo) in cui il socio partecipa, quota parte, dei risultati dell'attività societaria. Tali risultati sono quindi imputabili ad un soggetto che può dirsi socio, seppur uscente, della compagine societaria⁵²⁷.

Al di là di ciò, resta da capire se è possibile tenere comunque distinta la posizione del socio da quella della società. Dal punto di vista civilistico, si è visto, la partecipazione nelle società di persone può definirsi come partecipazione ad un contratto piuttosto che come partecipazione ad un'organizzazione. Si è rilevato come manchi una disciplina del capitale e dei conferimenti e come il diritto di partecipazione agli utili solo eventualmente può essere collegato al valore dei conferimenti, se questo, appunto, è stato determinato nel contratto sociale. Invero, il principio posto dall'art. 2289, secondo cui i soci hanno diritto soltanto ad una somma di denaro che rappresenti la quota, dimostra la rilevanza in termini di investimento che la partecipazione assume nelle società di persone. Posta in questi termini la questione, non si potrebbe separare la posizione del socio da quella della società (ma ciò sarebbe vero anche per le società di capitali), se non su di un piano meramente formale.

⁵²⁶La Roma Jezzi, Recesso nelle società di persone: rilevanza fiscale delle somme liquidate ex art. 2289 c.c., Riv.dir,trib., n. 2, 2001, p. 307. Nello stesso senso Coppola P., Il regime tributario delle poste di patrimonio netto, tra norme civilistiche e fiscali, in Ras,trib, n. 1, 2007, p.78- L'Autore precisa che non vi è “corrispondenza tra reddito eventualmente emerso in capo alla società in seguito al verificarsi delle vicende interruttive del vincolo sociale (reddito che potrebbe, ad esempio, scaturire dall'utilizzo di riserve in sospensione d'imposta, oppure dalla rilevazione del valore normale del bene assegnato) e l'arricchimento patrimoniale conseguito dal socio uscente; né, tantomeno, è consentita una rilevazione straordinaria del reddito della società maturato alla data dello scioglimento. (...) Allora appare impossibile sostenere che si sia in presenza di un *tipico* reddito da partecipazione, non riuscendosi ad individuare un reddito di pari ammontare in capo alla società e non potendosi, in ogni caso, imputare lo stesso a chi non riveste più la qualifica di socio alla chiusura del periodo d'imposta.

⁵²⁷Tassani T. op. cit. p. 335.

È appunto sul piano formale che è possibile ritenere la società distinta dalle persone dei soci, anche nel caso delle società di persone, per le quali, come visto, nonostante la mancanza della personalità giuridica, l'ordinamento dimostra di considerarle entità dotate di soggettività giuridica. Anche dal punto di vista fiscale, d'altra parte, è stato messo in evidenza come il criterio di imputazione automatica dei redditi prodotti dalle società di persone, a prescindere dall'effettiva distribuzione, appare piuttosto collegato a ragioni di cautela fiscale⁵²⁸.

Per quanto riguarda l'istituto del recesso è stato evidenziato⁵²⁹ come la distinzione tra socio e società viene posta in rilievo dal fatto che è la società ad assumere l'obbligo di pagamento della quota, e pertanto i riflessi fiscali di detto adempimento non potranno che ripercuotersi sul patrimonio sociale (dovendosi attingere i mezzi necessari dai fondi disponibili), e che è in base alla consistenza effettiva del patrimonio risultante dalla situazione patrimoniale che la società deve redigere con riferimento alla data di scioglimento che il credito del socio uscente va determinato. Ne deriva che può non esserci corrispondenza tra valore effettivo e valore nominale della quota e, quindi, tra reddito della società e reddito del socio uscente: corrispondenza che è alla base del criterio di imputazione per trasparenza dei redditi prodotti in forma associata⁵³⁰. La conclusione è che tra le categorie nominate, indicate all'art. 6 del T.U., quella dei redditi

⁵²⁸Fedele A., *Profilo fiscale delle società di persone*, in Riv.not., 1988, III, p. 555. Si è inteso escludere, secondo l'Autore, ogni controllo circa la destinazione degli utili in società dove manca una specifica tutela del capitale sociale, dove più contenuti sono gli obblighi e le responsabilità degli organi sociali e dove più scarso si presenta il sistema contabile di rappresentazione degli accadimenti di gestione.

⁵²⁹Coppola P., *Lo scioglimento*, op. cit. 131 e ss.

⁵³⁰Come evidenziato da Coppola P. (si veda nota precedente), quando il valore della quota risulta pari al valore contabile della frazione di patrimonio spettante al socio uscente, o non si realizza materia imponibile né per la società, né per il socio, oppure si realizza materia imponibile solo nei confronti del socio, senza che venga a generarsi un corrispondente reddito imponibile in capo alla società. Nel caso in cui il valore effettivo della quota è superiore a quello contabile, il reddito per il socio coinciderà con l'eccedenza percepita imputabile alla restituzione di riserve formate con utili in sospensione d'imposta, o con riserve "formalmente" di capitale alla cui formazione detto socio non ha concorso o vi ha concorso solo in parte; tale eccedenza potrà dipendere anche dalla valutazione dell'avviamento o dal plusvalore latente di alcuni cespiti aziendali, così come dalla quota di utili maturati alla data della sua fuoriuscita dalla società, anche per effetto della rilevazione di quelli derivanti dalle operazioni in corso a quella data. Per quel che concerne la società, se la stessa estingue il suo debito mediante assegnazione d'un determinato bene al socio, l'entità del reddito della società sarà influenzata dal trattamento fiscale riservato dal legislatore ai componenti di reddito emersi a seguito dell'assegnazione e, nel rispetto dei principi generali, il reddito così calcolato andrà ripartito solo tra i soci che rivestono tale qualifica alla fine del periodo d'imposta. Nella diversa ipotesi in cui la società provveda alla liquidazione della quota attraverso la corresponsione d'una somma di danaro, il maggior costo che la società deve sostenere per liquidare il debito sorto per effetto dello scioglimento particolare del rapporto sociale non assume una rilevanza soltanto civilistica: esso presenta, infatti, tutti i requisiti previsti dalla legge ai fini d'una sua rilevanza anche sul piano fiscale.

di capitale sembrerebbe l'unica idonea a consentire di ricomprendere gli eventuali incrementi patrimoniali conseguiti dal socio di società di persone nei casi di risoluzione del vincolo sociale, perché tale categoria accoglierebbe (tra gli altri) tutti i proventi derivanti dalla partecipazione sociale (e quindi dall'impiego di capitale), non solo gli utili ma anche le variazioni patrimoniali dell'investimento. D'altra parte, proprio il rinvio all'art. 47, comma 7, confermerebbe la natura di reddito di capitale della differenza da recesso, differenza che andrebbe considerata in modo unitario. Inoltre, è anche vero che un determinato reddito può assumere diverse qualificazioni in relazione al verificarsi di particolari vicende, pur se identica è la fonte da cui esso promana.

15. STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI. REMUNERAZIONE RICONOSCIUTA AL SOCIO AL MOMENTO DELLO SCIoglIMENTO DEL RAPPORTO: QUALE NATURA REDDITUALE?

L'autonomia statutaria, come visto sopra, può modellare le forme di partecipazione alla società prevedendo particolari strumenti che non danno la qualità di socio ma che possono prevedere il diritto del titolare al rimborso di quanto apportato, eventualmente diminuito delle perdite, come pure il diritto ad utili o plusvalori maturati dalla società. Il regime fiscale delle somme attribuite al titolare dello strumento finanziario potrà essere individuato solo facendo riferimento all'ordinamento statutario. Poiché ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. a), Tuir, le remunerazioni degli strumenti in parola è assimilata agli utili da partecipazione se è costituita "totalmente" dalla partecipazione ai risultati economici della società, occorrerà verificare se la liquidazione del titolo, come pure del rendimento periodico, esprima una forma di partecipazione ai risultati. Quando, non è possibile ritenere tal proventi come remunerazione totalmente costituita dalla partecipazione agli utili, allora si dovrà ricorrere, per delinearne il trattamento fiscale, alla categoria dei titoli assimilati alle obbligazioni, oppure dei titoli atipici, a seconda delle caratteristiche concrete⁵³¹.

⁵³¹ Tassani T., op. cit., p. 347. Peraltro l'Autore ritiene che la qualificazione delle remunerazioni quali utili da partecipazioni dovrebbe essere sempre riconosciuta, indipendentemente dalle specifiche tecniche di rendimento, qualora il titolo sia qualificato come "partecipazione al patrimonio" ex art. 44, primo comma, lett. e) Tuir. L'ordinamento statutario, poi, potrebbe far derivare dallo scioglimento del rapporto una fattispecie di alienazione dello strumento finanziario, in particolare riconoscendo ai soci o a terzi

CONCLUSIONI

Il patrimonio netto non è un'entità giuridicamente autonoma, nel senso di fattispecie autonomamente disciplinata: esso, invece, si definisce in relazione ad altre fattispecie espressamente disciplinate e cioè il capitale sociale, gli utili e le riserve. Gli stessi criteri di valutazione del patrimonio sociale (ossia dei beni dell'impresa) sono dettati in funzione della individuazione dell'utile effettivamente realizzato e della tutela dell'integrità del capitale sociale. Tuttavia, è possibile rinvenire una rilevanza giuridica propria del patrimonio netto se lo si considera come forma di finanziamento della società, con proprie regole di funzionamento.

Dal punto di vista fiscale non rileva il patrimonio netto come entità autonoma assoggettabile a imposizione. Tuttavia, l'individuazione del concetto di patrimonio netto consente di pervenire ad alcune puntualizzazioni sui canoni giuridici della ricchezza prodotta dall'impresa sottoponibile a tassazione.

Quest'ultima, secondo l'interpretazione ricorrente, dovrebbe: trovare la propria fonte nell'impresa; trattarsi di ricchezza realizzata.

Nella prospettiva economico-contabile il patrimonio netto può essere inteso come il sistema dei valori attribuito al patrimonio dell'impresa (beni) in funzione della corretta determinazione periodica dei risultati di esercizio.

Sotto questo profilo è già possibile fare alcune considerazioni in merito al quesito sull'esistenza di un patrimonio netto fiscale diverso da quello civilistico e quindi di una ricchezza imponibile differente da quella determinata in ragione dei criteri civilistici.

In effetti, le valutazioni dell'attivo e del passivo fiscalmente ammesse, come noto, rispondono a criteri diversi da quelli cui si ispirano le norme civilistiche sul bilancio. Ciò determina delle differenze tra il risultato di bilancio e l'imponibile fiscale, le quali

diritti di prelazione o di riscatto. In questi casi si verificherà un'ipotesi di cessione a titolo oneroso dello strumento, idonea a generare redditi diversi o di impresa, a seconda del soggetto percipiente. Si rinvia al cap. II per la discussione intorno alla definizione degli utili da partecipazione.

vanno ad alimentare i c.d. fondi tassati, fondi dedotti e le riserve in sospensione d'imposta. Questi ultimi trovano la loro espressione contabile in fondi del passivo o direttamente nel patrimonio netto.

La presenza di fondi in sospensione d'imposta e fondi tassati rende talvolta dubbia la stessa individuazione del "patrimonio netto".

Il criterio civilistico di identificazione del patrimonio netto, incentrato sull'esistenza di passività attuali o potenziali, non coincide infatti col criterio fiscale, che include le poste distribuibili senza imposizione per la società.

Questo risultato può considerarsi ancora valido nonostante l'introduzione del principio di "derivazione rafforzata" dell'imponibile fiscale dal risultato di bilancio ex legge finanziaria per il 2008, e ciò perchè il nuovo sistema non ha eliminato affatto le possibili divergenze tra le valutazioni civilistiche e quelle fiscalmente ammesse:

Per i soggetti IAS adopter occorre evidenziare che il patrimonio netto deve accogliere anche le valutazioni al fair value delle attività stabilmente impiegate nel processo produttivo.

Le riserve da fair value sono assimilabili, sotto il profilo economico, ai saldi attivi di rivalutazione, cioè a utili sperati, e ciò spiega perché il legislatore abbia introdotto delle cautele in ordine alla loro distribuibilità e disponibilità

Le valutazioni al fair value rilevate in contropartita diretta del patrimonio netto sono fiscalmente rilevanti. Non può allora sfuggire il diverso trattamento fiscale previsto per i saldi attivi di rivalutazione dei beni di impresa – nonostante l'evidente affinità, sotto il profilo economico, ai plusvalori da valutazione delle attività al fair value -, che sono assoggettati, invece, al regime di sospensione di imposta (IRES) fino a che se ne dispone la distribuzione ai soci.

Venendo al concetto generale di riserva, nel nostro ordinamento manca una definizione generale di tale concetto. Comunque, la dottrina definisce "riserva" quella parte del patrimonio netto eccedente la cifra del capitale sociale accantonata dalla società e non ripartita tra i soci.

L'utile di bilancio non è solo il frutto della gestione annuale, ma corrisponde ad ogni incremento di valore del patrimonio, rispetto al capitale, realmente conseguito.

L'eccedenza di valori del patrimonio netto sul capitale sociale può derivare oppure no da operazioni sociali: è utile di bilancio sia quello che deriva dalle valutazioni che non eccedono i limiti posti dal legislatore civilistico, che si presume consentano di mantenere integro il capitale sociale, sia ogni forma di sopravvenienza attiva (sovrapprezzi azionari, rivalutazioni economiche e monetarie ed anche lasciti ed eredità) e di plusvalenza.

In ordine alla natura del sovrapprezzo, dal punto di vista strettamente giuridico del bilancio, certamente non si tratta di utile di gestione, cioè di nuova ricchezza prodotta dal patrimonio nell'esercizio dell'impresa sociale.

Il sovrapprezzo integra il patrimonio netto eccedente il capitale sociale, di modo che il valore di tutte le azioni vecchie e nuove rimane inalterato.

Tutto ciò consente di non escludere che il sovrapprezzo si possa considerare utile di bilancio ai fini della distribuzione.

Dal punto di vista tributario non concorre alla formazione del reddito. Ciò aiuta a precisare che, in realtà, in ambito fiscale, non si nega affatto la natura di utili di tale fattispecie. Ed invero, la necessità di una norma esplicita in merito, diretta ad escludere la rilevanza fiscale di tale elemento del patrimonio netto, dimostra che la nozione di reddito di impresa accolta dal legislatore è “qualsivoglia aumento, oggettivamente verificatosi, della consistenza patrimoniale considerata ai fini impositivi, cioè in base alle norme tributarie, di formale pertinenza dell'impresa; astraendo dal fattore produttivo dell'incremento e, in specie, dalla sua diretta o indiretta riconducibilità all'esercizio dell'impresa”

Nella prospettiva del socio il versamento di un sovrapprezzo in sede di acquisto o sottoscrizione di azioni comporta che tale valore va aggiungersi al costo di acquisto o sottoscrizione e a formare il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione

La distribuzione del sovrapprezzo simmetricamente riduce tale valore.

Tuttavia non bisogna attendere il realizzo della partecipazione per aversi la tassazione delle somme percepite dal socio, a titolo di distribuzione di sovrapprezzo e di riserve di capitale in genere, in eccesso rispetto al conferimento.

Inoltre la distribuzione del sovrapprezzo in presenza di utili in bilancio comporta l'applicazione, della presunzione legale di distribuzione degli utili ex art. 47, comma 1, TUIR.

Tale presunzione non si dovrebbe applicare alle variazioni meramente qualitative del patrimonio netto (trasformazione di riserve di utili in riserve di capitale), che restano assoggettato al regime di cui all'art. 47, comma 6, ma alle sole variazioni quantitative che configurano distribuzione di poste del patrimonio netto. Alle prime resterebbe applicabile l'art. 37 bis e il principio sistematico di cui si dovrebbe dimostrare l'aggrimento sarebbe ancora rinvenibile nella stratificazione fiscale del patrimonio netto.

Anche i versamenti spontanei dei soci subiscono il trattamento fiscale dei sovrapprezzi. Un'ipotesi non disciplinata fiscalmente è quella delle operazioni riguardanti le azioni proprie. Dal punto di vista economico e contabile non presentano un trattamento univoco: i principi nazionali trattano l'acquisto di azioni proprie come un reale investimento e considerano le operazioni successive (vendita, annullamento, assegnazione ai soci) come operazioni giuridicamente indipendenti; al contrario gli IAS/IFRS trattano l'operazione come una vicenda che riguarda il patrimonio netto.

L'Agenzia delle entrate ha ritenuto che anche sotto il profilo fiscale vada applicato il predetto trattamento a prescindere dal tipo di principi applicati.

Quando si parla di capitale sociale necessariamente dobbiamo riferirci anche alla disciplina dei conferimenti e della partecipazione sociale.

La prospettiva giuridica di tali istituti cambia in rapporto alla concezione stessa della società.

La riforma del diritto societario ha distinto nettamente le società per azioni dalle altre forme societarie: mentre le s.r.l. sono state avvicinate alle società di persone, andando a costituire forme organizzative dell'esercizio di impresa, le società per azioni sono state ricostruite come strumento per la raccolta di mezzi finanziari, in cui gli azionisti vengono in considerazione non tanto come coloro che partecipano alla comune attività d'impresa ma come finanziatori.

Tuttavia, una corrente dottrina ritiene che tutto il fenomeno societario (non solo le società per azioni) può essere ricostruito non come forma organizzativa di esercizio

dell'impresa ma come forma di investimento del valore, in cui assume assoluta preminenza la posizione del socio.

Da qui la ricostruzione del rapporto socio-società in termini di distinzione puramente formale, del conferimento come (auto)finanziamento del socio, della partecipazione come forma di investimento, del capitale sociale come valore investito nella prospettiva di un guadagno per il socio.

La riforma ha investito in pieno la disciplina delle partecipazioni sociali integralmente valorizzando la portata ordinamentale del contratto societario.

L'autonomia statutaria può, infatti, incidere sul contenuto della partecipazione del socio, sia livello di diritti amministrativi, sia di diritti patrimoniali, e può dar vita a strumenti finanziari partecipativi diversi sia dalle azioni che dalle obbligazioni. In tal modo il confine tra capitale e debito oggi appare molto meno netto rispetto a passato.

Sotto il profilo fiscale, partendo dalla concezione della società come forma di organizzazione dell'impresa, rileva, in particolare, la funzione produttivistica del capitale, secondo la quale il capitale viene a rappresentare l'insieme dei beni di impresa produttivi di reddito: ciò comporta che i beni conferiti vengano automaticamente acquisiti al regime giuridico-fiscale dei beni d'impresa e che il capitale assolva anche la funzione di determinazione del reddito tassabile.

Invero, nel caso delle società, sembra assumere rilievo non tanto la circostanza di fatto della destinazione di tali beni all'attività di impresa (che invece rileva nel caso dell'impresa individuale), quanto l'aspetto formale della proprietà che alla società deriva dal contratto sociale.

Questa affermazione trova conferma nel regime fiscale dei conferimenti ed apporti di beni e crediti in società che sono assimilati alle cessioni a titolo oneroso.

Però dal punto di vista della remunerazione la riforma fiscale del 2003 sembra dare rilievo al concetto di partecipazione come investimento, dal momento che sono tassati come utili da partecipazione anche proventi che remunerano l'impiego di denaro o di beni non destinati al capitale sociale.

Un problema nato con la riforma del diritto societario ha interessato la tassazione dei conferimenti non proporzionali e degli apporti in contropartita di strumenti finanziari partecipativi.

Per i primi, nonostante il rilievo che potrebbe non verificarsi un arricchimento in capo al conferente (come nel caso del soggetto che conferisce ma non diventa socio), la necessità di evitare comportamenti elusivi ha indotto il legislatore a valorizzare comunque l'apporto mediante applicazione del criterio del valore normale.

Per i secondi, l'assoggettamento a imposizione della plusvalenza potrebbe scontrarsi con la circostanza che l'apporto sia a fondo perduto e sia solo riconosciuta la semplice remunerazione collegata all'andamento economico della società: la titolarità dello strumento non rappresenterebbe alcuna quota di patrimonio o del capitale sociale ed esprimerebbe una mera situazione di aspettativa rispetto a future remunerazioni, insuscettibile di valutazione economica.

Il corrispettivo conseguito assoggettato a tassazione rappresenta il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione attribuita al soggetto conferente e corrisponde sempre al valore normale (sia in caso di conferimento proporzionale, sia di conferimento non proporzionale) se la società non è quotata. Se però la società è quotata rileva il maggiore tra il valore normale e il prezzo medio di mercato (se il conferimento è proporzionale).

Invero, il valore normale assoggettato a tassazione sembra rilevare come criterio per stabilire il valore che il conferitario può prendere in carico come costo fiscalmente riconosciuto.

Ai fini invece della determinazione della quota di liquidazione del socio, rileva il costo dell'investimento.

Tra le fattispecie che danno luogo a restituzione di conferimenti assume particolare rilievo il recesso del socio.

La differenza da recesso è qualificata come utile da partecipazione senza alcuna distinzione delle poste di netto che vi fanno parte. Ma la dottrina ha sempre ritenuto che un tale distinguo fosse necessario.

Diversamente, non è disciplinata la natura fiscale delle somme ricevute dai soci a titolo di ripartizione di riserve e fondi aventi natura di capitale, per la parte che eccede il valore fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote. La dottrina oscilla tra ritenere tale

eccedenza un reddito di capitale piuttosto che un reddito diverso. Militano a favore di questa ultima tesi l'espressa qualificazione di cui all'art. 86, comma 5 bis, TUIR, e la considerazione che la qualificazione come dividendo comporterebbe un salto di imposta, perché sulle somme corrisposte ai soci la società non paga imposta (trattandosi di riserve neutre).

Per quanto riguarda le società trasparenti la differenza da recesso potrebbe essere qualificata come reddito di capitale invece che come reddito di partecipazione perché non vi sarebbe coincidenza tra valore effettivo e valore nominale della quota.

L'attribuzione delle poste di patrimonio netto ai soci pone, in definitiva, il problema del rapporto tra l'imposizione che grava in capo alla società e quella cui è soggetto il socio. È da tener presente che il legislatore della riforma fiscale ha esteso la disciplina degli utili da partecipazione anche alle remunerazione degli strumenti finanziari partecipativi che comportano una partecipazione ai risultati economici della società.

L'accento non viene posto sul profilo di partecipazione al rischio, il che porta a rendere ineducibili per la società anche somme che potrebbero assimilarsi a interessi.

Il problema però può essere superato se si considera che l'evoluzione del nostro sistema impositivo, dall'imposta di ricchezza mobile all'IRES, dimostra la tendenza a considerare socio e società come soggetti giuridicamente indipendenti e dotati di autonoma capacità contributiva e la ricchezza da essi prodotta come riconducibile a fonti diverse.

Da qui deriva che: 1. non esiste doppia imposizione e i sistemi per eliminarla o attenuarla si risolvono in mere agevolazioni; 2. l'imponibilità in capo al socio di una qualunque forma di remunerazione derivante dall'investimento in società può del tutto prescindere dal riconoscimento della deducibilità dello stesso nei confronti della società.

In un contesto di questo tipo l'utile prodotto dalla società non è reddito del socio e gli utili mandati a riserva costituiscono un plusvalore per il socio che necessita di essere realizzato per subire la tassazione; l'utile di esercizio, invece, deve attendere la distribuzione per configurare materia imponibile in capo al socio: distribuzione che si declina in effettiva percezione dell'utile distribuito, costituendo quest'ultimo un reddito di capitale, un reddito, cioè informato al principio di cassa.

BIBLIOGRAFIA

Abriani N., in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, a cura di Bonfante G., Cagnasso O., Montaleti P., Torino 2009

Amato A., *Il nostro sistema tributario dopo la riforma*, Padova, 1973

Antonini E., *Le società a base personale: trasparenza fiscale del reddito*, in *Incontri con il Banco di Roma: il reddito d'impresa*, Milano 1974

Aprile M., Mancusi M., *Quale regime impositivo per le distribuzioni di riserve di capitale eccedenti il costo della partecipazione?*, in *Dialoghi di diritto tributario*, n. 4, 2005, p. 627

Arena C., *Fondamento e natura di una imposta speciale sulle società*, in *Natura ed effetti economici di un'imposta sulle società*, Atti del convegno di studi, Roma 1955

Ascarelli T., *Saggi di diritto commerciale*, Milano 1955

Barbone L., *Le contraddizioni di una interpretazione elusiva troppo rigida* in *Rass. trib.*, 1994, pagg. 1899 e ss.

Basilavecchia M., *la difficile individuazione degli utili da partecipazione*, in *Corriere tributario* n. 5, 2005, p. 365

Basilavecchia M., *La nuova imposta sul reddito delle società (IRES): lineamenti generali*, in *AAVV Imposta sul reddito delle società (IRES)*, a cura di Tesauro F., Bologna, 2007

Beghin M., *Dividendi, plusvalenze, minusvalenze e simmetrie fiscali*, in *Corr.trib* 2007, p. 946

Belli Contarini, *Modificazione della compagine societaria nelle società di persone a seguito di scioglimento parziale del rapporto sociale: aspetti fiscali*, in *Riv.dir.trib.*, 1995, I, p. 830

Berliri L.V., *Su talune controverse questioni di applicazione del concetto di reddito nel sistema dell'imposta mobiliare*, in *Riv.it.dir.fin.*, 1939

Bertolotti A., in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, a cura di Bonfante G., Cagnasso O., Montaleti P., Torino 2009

Bianchi G., *Le operazioni sul capitale sociale dopo la riforma del diritto societario*, Padova 2007

Bloch J., *La distribuzione delle riserve da sovrapprezzo origina sempre redditi di capitale*, in *Corr. Trib.* n. 42, 2002, p. 3805

Bocca R., *Commento all'art. 2346, commi 1 e 5, c.c.*, in *AAVV, Il nuovo diritto societario*, Padova, 2005, vol. I.

Bogoni, *Profili elusivi nella cessione di partecipazioni sociali*, *Rassegna tributaria*, 1994, pagina 1121

Boria P., Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone, Milano, 1996

Bosello F., La formulazione della norma tributaria e le categorie giuridiche civilistiche, in Diritto e pratica tributaria 1981, I, p. 1434-1446

Buonocore V., Le situazioni soggettive dell'azionista, 1967

Buonocore V., Manuale di diritto commerciale, Torino, 1997

Campobasso G.F., Diritto commerciale – Diritto delle società, Torino, 2010

Carbonetti F., Acquisto di azioni proprie e patrimonio sociale, in Riv. Soc., 1982, p. 1120 ss

Carpentieri L., Ceccacci S., Dall'abrogazione della maggiorazione di conguaglio al nuovo credito di imposta sugli utili da partecipazione, in AAVV, Commento agli interventi di riforma tributaria, a cura di Miccinesi M., Padova, 1999

Carpentieri L., Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi, Milano, 1997

Castaldi L., Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi, Torino, 1999

Castaldi L., I rapporti economico patrimoniali tra associati e associazioni nella disciplina delle imposte dirette e dell'IVA, in AAVV, Il regime fiscale delle associazioni, a cura di A. Fedele, Padova, 1998

Castaldi, I redditi di capitale, in AAVV, L'imposta sul reddito sul reddito delle persone fisiche, in Giur.sist.dir.trib., a cura di Tesaro, Torino 1994

Cera M., Il passaggio di riserve a capitale, Milano 1988

Cera M., Sul concetto di riserve disponibili, in Riserve e fondi nel bilancio di esercizio, Milano, 1986

Cerato S., Popolizio G., Riduzione effettiva del capitale sociale, in Contabilità, finanza e controllo, aprile 2005, pag. 350

Colombo E., Le riserve tassate in una sentenza del tribunale di Milano, in Dir.prat.trib., 1972, II, p. 18

Colombo G.E. Le poste del passivo e la disciplina del patrimonio netto, in Riserve e fondi nel bilancio di esercizio, Milano, 1986

Colombo G.E., Associazione in partecipazione, prestiti subordinati ed iscrizione in bilancio, in Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato, a cura di Portale, Milano, 1983

Colombo G.E., Bilancio d'esercizio e consolidato, in AAVV, Trattato delle società per azioni, diretto da Colombo G.E. e Portale G.B., Torino, 1994

Colombo G.E., Disciplina del bilancio e norme tributarie: integrazione, autonomia o inquinamento?, in Rivista delle società, 1980 fasc. 6, pp. 1171 – 1195

Colombo G.E., Il bilancio di esercizio struttura e valutazioni, Torino, 1987.

Colombo G.E., Il bilancio e le operazioni sul capitale, in Giur. Comm, 1984, I, 841

Colombo G.E., La "riserva" azioni proprie, in Riserve e fondi nel bilancio di esercizio, Milano, 1986

- Colombo G.E., Utili, dividendi e acconti dividendo, in Bilancio d'esercizio e consolidato, a cura di Colombo G.E., Olivieri G. – Torino, 1994
- Coppola P., Il regime tributario delle poste di patrimonio netto tra norme civilistiche e fiscali, in "Rassegna tributaria" n. 1, 2007
- Coppola P., Lo scioglimento del vincolo sociale limitatamente ad un socio: profili fiscali; Padova, 1966
- Corasaniti G., Profili tributari dei conferimenti in natura e degli apporti società, Padova, 2008
- Costa C., Le riserve nel diritto delle società, Milano 1984
- Crovato F., Lupi R., Il reddito d'impresa, Milano 2002
- Cursio L. Natura giuridica del fondo azioni proprie, in Riserve e fondi nel bilancio di esercizio, Milano, 1986
- D'Amati N., La progettazione giuridica del reddito, vol. I, Padova 1973
- De Angelis L., Considerazioni sulla valutazione delle azioni proprie nel bilancio d'esercizio e sulla correlativa riserva, in Giurisprudenza commerciale, 2002 fasc. 1, pt. 1, pp. 48 – 64
- Del Rio, nota a Cass. Ss.uu, 5 novembre 1936, in Giur.comm., 1937, p. 211
- Di Sabato F., Capitale e responsabilità interna nelle società di persone, 1967
- Di Tanno T., Le imposte sostitutive su riserve e fondi in sospensione di imposta, in Boll.trib., 11, 1995, p. 820
- Einaudi, Principi di scienza delle finanze, Torino, 1932
- Escalar G., Contributo allo studio della nozione di reddito di capitale, in Rass.trib., 1997
- Escalar G., I redditi diversi, in Commento agli interventi di riforma tributaria, a cura di Miccinesi M., Padova 1999
- Escalar G., Il nuovo regime di tassazione degli utili da partecipazione e dei proventi equiparati nel decreto legislativo di riforma dell'imposizione sul reddito delle società, in Rassegna tributaria, 2003, p. 1922 ss.
- Esposito R., I conferimenti in natura: contributo allo studio degli atti di riorganizzazione nel diritto tributario, Napoli 2004
- Esposito R., I redditi di capitale, in Commento agli interventi di riforma tributaria, a cura di Miccinesi M., Padova 1999
- Falsitta G. Le plusvalenze speculative su titoli azionari o altre quote sociali derivanti da operazioni di valorizzazione, in Rass. Trib., 1984, II
- Falsitta G., Appunti in tema di iscrizione dei beni conferiti nel bilancio della conferitaria ovvero... "quandoque bonus dormitat Homerus", in "Rass. Trib.", 1988, II, n. 12, pag. 987.
- Falsitta G., Convergenze e divergenze tra diritto tributario e diritto commerciale nella disciplina del bilancio di esercizio, in Giurisprudenza commerciale, 1980 fasc. 2, pp. 193 – 221

- Falsitta G., Il bilancio di esercizio delle imprese. Interrelazioni tra diritto civile e tributario, Milano 1985
- Falsitta G., Il problema dei rapporti tra bilancio civile e bilancio fiscale nel progetto di riforma dell'imposta sulle società (IRES), in Riv.dir.trib., 2003, I, p. 931
- Falsitta G., La tassazione delle plusvalenze e sopravvenienze nelle imposta sui redditi, Padova 1986
- Falsitta G., Manuale di diritto tributario – Parte generale, Padova 2008
- Falsitta G., Manuale di diritto tributario – Parte speciale, Padova 2009
- Falsitta G., Significato e limiti dell'efficacia vincolante del “valore fiscalmente riconosciuto” dei beni dell'impresa nella determinazione delle plusvalenze tassabili, in Dir. E prat. 1972
- Falsitta G., voce Utili e dividendi (imposizione su), in Enc.giur., XXXII, Roma, 1994
- Fantozzi A., Il regime della trasparenza per le società di capitali, in AAVV, La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete, a cura di F. Paparella, Milano 2006
- Fantozzi A., Lupi R., La società per azioni nella disciplina tributaria, in AAVV, Trattato delle società per azioni, diretto da Colombo G.E., Portale G.B., Torino, 1993
- Fantozzi, Ancora in tema di realizzazione delle plusvalenze, in Riv.dir.fin., 1965
- Farenga L. I contratti parasociali, Milano 1987
- Fedele A. La nuova disciplina Ires: i rapporti tra soci e società, in Riv.dir.trib., 2004, I, p, 465
- Fedele A. Profili fiscali delle società di persone, in AAVV Commentario al T.U. delle imposte sui redditi, Milano 1990
- Fedele A., I rapporti tra soci e società, in AA. VV., La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete, a cura di F. Paparella, Milano 2006.
- Fedele A., Imposte reali ed imposte personali nel sistema tributario italiano, in Riv.dir.fin., 2002, I, 472
- Fedele A., Profilo fiscale delle società di persone, in Riv.not., 1988, III, p. 555
- Ferranti G., Chiarimenti necessari sulle azioni gratuite, in Il Sole-24 Ore del 19 maggio 2004
- Ferri G. Jr, Capitale sociale e società di persone, in Riv. Notariato, 2012, 02, 247
- Ferri G. Jr, Fattispecie societaria e strumenti finanziari, in Riv.dir.comm., 2003, I, p.817
- Ferri G. Jr, Investimento e conferimento, Milano 2001
- Ferro – Luzzi, I versamenti in conto capitale, in Giur.comm., 1981, II, p.895
- Fransoni G., La disciplina del trust nelle imposte dirette, in Riv.dir.trib., 2007, I, 262
- Fransoni G., La territorialità nel diritto tributario, Milano 2004
- Galgano F., Diritto civile e commerciale, III, Padova 1990

Galletti D., Art. 2437 ter (Criteri di determinazione del valore delle azioni), in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Alberti M., Padova, 2005

Gallo F., I redditi di capitale, in *Il reddito di impresa nel nuovo testo unico*, coordinato da A. e V. Uckmar, Padova 1988

Gallo F., Il reddito come frutto economico, in *Il fisco*, 1998

Gallo F., Riforma del diritto societario e imposta sul reddito, in *Giur. comm.* 2004, 02, 272

Garbarino C., Acquisto d'azioni proprie, riduzione del capitale e recesso del socio: profili tributari, in *Diritto e pratica tributaria*, 1992 fasc. 2, pp. 461 – 516

Garbarino C., La tassazione delle operazioni sul capitale e sulle poste del patrimonio netto, Milano, 1993

Garcea A., L'autonomia dei soci nella distribuzione delle poste del patrimonio netto, in "Rassegna tributaria" n. 1 di gennaio-febbraio 2000, pag. 73.

Giampieri A., Gli strumenti finanziari partecipativi quale metodo di finanziamento delle acquisizioni, in M. Irrera (diretto da) *Le acquisizioni societarie*, Bologna, 2011

Giardina V., Le basi teoriche del principio di capacità contributiva, Milano 1961

Grillo R., Le riserve di bilancio, tecnologia economica e giuridico-tributaria, Milano 1967.

Griziotti B., Gli incrementi di valore nelle azioni industriali e il sistema tributario italiano, in *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*, Milano 1956, I

Griziotti B., Le imposte sugli incrementi di valore nei capitali e sulle rendite nei redditi, in *Giornale degli economisti*, 1910, 99 ss

Griziotti B., *Lezioni di scienza delle finanze*, Padova, 1923

Griziotti B., *Primi elementi di scienza delle finanze*, Milano, 1946

Griziotti B., Sulla imponibilità degli utili mandati a riserva, in *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*, Milano, 1956, I

Griziotti, Il teorema della prevalenza della natura economica degli atti oggetto dell'imposta di registro, in *Riv. dir. fin.*, 1941, II, 28

Guatri, *La valutazione delle aziende*, Milano 1990.

La Roma Jezzi, Recesso nelle società di persone: rilevanza fiscale delle somme liquidate ex art. 2289 c.c., *Riv.dir,trib.*, n. 2, 2001, p. 307

Lolli A., Gli strumenti finanziari, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, I.

Lovecchio L., Aspetti tributari del recesso del socio con riferimento anche alla liquidazione della quota agli eredi, in *Bollettino tributario* 20, 1990

Lovisolò A., *Il sistema impositivo dei dividendi*, Padova 1980

Lovisolò A., Profili del trattamento impositivo dei dividendi e delle riserve distribuite ai soci, in *Il reddito di impresa*, AA.VV., Padova 1988

Lupi R. *Diritto tributario – Parte generale*, Milano, 2005

- Lupi R., Conferimenti in natura senza regole, tra salti di imposta e doppie imposizioni, in *Rass.trib.* 1225 ss.
- Lupi R., Differenza negativa fra costo della partecipazione e valore del bene, in *Corr.Trib.*, n. 20/1999, pag. 1494
- Lupi R., *Diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2007
- Lupi R., Fondi in sospensione d'imposta e copertura di perdite, in *Rivista di dir. Trib.*, 1991, fasc. 1, p. 482 ss
- Lupi R., I paradossi di qualificare come distribuzioni di utili le restituzioni di riserve di capitale, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2005, n. 12, p. 1629 ss.
- Lupi R., Il travisamento mediatico di una riforma "di rigore", in *Dial.dir.trib.*, 2006, p. 825
- Lupi R., La specificazione legislativa del concetto di reddito, i riferimenti civilistici e le operazioni straordinarie, in *AAVV, La fiscalità delle operazioni straordinarie*, Milano 2002
- Lupi R., Le cautele in caso di distribuzione non resuscitano la maggiorazione di conguaglio, in *AAVV, La tassazione delle società nella riforma fiscale*, *Il Sole24ore*, 2004
- Lupi R., Le società per azioni nella disciplina tributaria, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, Torino 1993
- Lupi R., *Profili tributari della fusione di società*, Padova, 1989
- Lupi R., Stevanato D., *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, Milano 2002
- Manzoni I., *Il principio di capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino 1965
- Marchetti F., *Il risparmio nel sistema delle imposte sui redditi*, Giuffrè, 1997
- Mayr S., Riforma Tremonti: il nuovo regime di tassazione dei dividendi, in *Boll.trib.*, 2003, 1370
- Melis G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003
- Melis G., voce *Coordinamento fiscale nella U.E.*, in *Enc.dir. – Annuali*, I, Milano 2007
- Miccinesi M., I tributi diretti erariali, in Russo P., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1994
- Miccinesi M., *Le plusvalenze di impresa: inquadramento teorico e profili ricostruttivi*, Milano 1993
- Micheli G.A., *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv.dir.fin.*, 1977
- Miele L., Composizione del patrimonio netto e presunzione legale di distribuzione, in *Corriere tributario* 2005, n. 22, p. 1723
- Mignone G., Gli strumenti finanziari di cui al 6° comma dell'art. 2346, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza:2003-2009*, a cura di Cottino G., 2009.

Minervini G., La dematerializzazione delle azioni quotate e l'esercizio dei diritti sociali, in Giur. Comm. 1999, I, pag. 660

Minghetti M., Della economia pubblica e delle sue attinenze colla morale e col diritto, Firenze, 1881

Mistretta M. Partecipazione sociale e comunione legale dei beni: l'interpretazione come governo della complessità, Milano 2004

Moschetti F., Il principio di capacità contributiva, Padova 1973

Natoli F., La personalità giuridica delle società commerciali e l'imposta di ricchezza mobile, Roma 1912

Notari M. – Giannelli A., Commento al comma 6 dell'art. 2346, in Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari (diretto da), Commentario alla riforma delle società, Milano, 2008.

Oppo G., L'identificazione del tipo società di persone, in Riv.dir.civ., 1988, I,p.619

Pedrotti F., Gli scambi di partecipazioni sociali. Profili civilistici e aspetti tributari, 2004, p. 158

Pellizzi G.L., Soggettività giuridica, in Enc. Giur. Treccani, XXIX, Roma, 1993

Pisani Massamormile A., Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi, in Riv. Soc., 2003, p. 1297

Porcaro G., La restituzione dei conferimenti e la valutazione delle partecipazioni sociali, in Riv.dir.trib., 1993, pag. 359 s

Portale G.B., I conferimenti in natura atipici nelle spa, Milano 1974

Potito E., Il sistema delle imposte dirette, Milano 1989

Quarta O., Commento alla legge sull'imposta di ricchezza mobile, Milano, 1903, I

Reviglione P., Il trasferimento della quota di società a responsabilità limitata, Milano, 1998

Rivolta G.C.M., La partecipazione patrimoniale del socio nelle società commerciali, Milano 1961

Rossi G., Utile di bilancio riserve e dividendo, Milano 1957

Rossi L., Scarioni P., La restituzione delle riserve di capitale ai soci, in Boll.trib., n. 11, 2004, p.824 ss

Russo P., I soggetti passivi dell'IRES e la determinazione dell'imponibile, in Riv.dir.trib., 2004, 3, p. 313

Sabbatini L., Relazione "Sul regime fiscale delle società per azioni", in La società per azioni, giugno 1911, p. 181

Santoro A., Profili economici, in AAVV. Imposta sul reddito delle società, opera diretta da Tesaro, con la collaborazione di Basilavecchia M., Bologna 2007

Santoro- Passarelli F., Dottrine generali del diritto civile, IX ed., Napoli, 1989

Schiavolin R., Il collegamento soggettivo, in Trattato di diritto tributario, diretto da Amatucci, I, Padova 1994

Scialoja A., I principi di economia sociale esposti in ordine cronologico, Napoli, 1840

Seligman, I dividendi in azioni costituiscono reddito?, in Nuova collana di economisti, vol. IX, Torino, 1934, I, p. 217 ss – traduzione di Borgatta e D'Albero

Sella Q., discorso pronunciato alla Camera il 3 luglio 1863, in Discorsi parlamentari, V, Roma 1887-1890

Sepio G., Distribuzione di riserve derivanti da conferimenti, eccedenze della somma distribuita rispetto al costo della partecipazione e loro qualificazione reddituale, in Rass.trib., 2001 fasc. 3, pp. 823 – 829

Simonetto E., Concetto e composizione del capitale sociale, in Riv.dir.comm., 1956, I, pp 48-72, 112-165, 196-219

Simonetto E., L'intuitus personae nelle società di persone, in Riv.soc., 1990

Spada P. La tipicità delle società, Padova, 1974

Spada P., Provvista del capitale e strumenti finanziari, in Banca borsa tit.cred., 2009, 06, 21

Spada P., Società. Tipi di società in generale, in Enc.giur. Treccani, XXIX, Roma, 1993

Stassano G., Le società di persone, Milano 1988

Stevanato D., Le restituzioni di capitale ai soci fra elusione, norme espresse e principi sistematici, in Rass.Trib., 1994, pag. 1126

Stevanato D., Acquisto di "azioni proprie" e loro successiva assegnazione ai soci: premesse civilistico-contabili e riflessi tributari, in Rassegna tributaria, 2005 fasc. 4, pp. 1075 – 1094

Stevanato D., Barbone L., Remunerazioni finanziarie commisurate all'utile e indeducibilità fiscale, in Dialoghi dir.trib., 2004, 208

Stevanato D., Il versamento dei soci a ripianamento del deficit patrimoniale, in Dialoghi di diritto tributario, n. 7-8, 2005, p.1011

Stevanato D., Le restituzioni di capitale ai soci tra elusione, norme espresse e principi sistematici, Rassegna tributaria n. 7-8 del luglio/agosto 1994, pag. 1126.

Stevanato D., Riduzione del capitale e successiva imputazione della riserva di rivalutazione: le ragioni della intassabilità, in "Riv. dir. trib.", 1996, II, pag. 39

Stevanato D., Il regime dei dividendi "eccedenti" di società di capitali "trasparenti", in Corriere tributario n. 22 /2004, pag. 1707

Stevanato D., Participation exemption, (dis)informazione mediatica ed “etichetta fiscale” di facciata, in Dialoghi di dir. Trib., 2006, p. 818

Strampelli G., Le riserve da fair value: profili di disciplina e riflessi sulla configurazione e la natura del patrimonio netto, in Riv. soc. 2006, 2-3, 243

Superti Furga F., Riserve e fondi nel bilancio di esercizio. Aspetti economico-aziendali nella logica del bilancio, in Riserve e fondi nel bilancio di esercizio, , Milano, 1986

Tantini G., Capitale e patrimonio nelle società per azioni, Padova 1980.

Tassani T. Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi, Milano 2007

Tassani T., La rivalutazione degli immobili tra imposta volontaria e abbellimento dei bilanci, in Dialoghi tributari, n. 3, 2009, p. 301.

Trevisani A., Deducibile dal reddito della società di persone la somma attribuita al socio che recede, in Corriere tributario n. 13, 2008, p. 1061 ss.

Turchi A. Conferimenti e apporti nel sistema delle imposte sui redditi, Torino 2008

Vanoni E., L'imposta personale sul reddito e gli utili non distribuiti, in Studi in memoria di Guglielmo Masci, Vol. II, Milano, 1943

Vanoni E., Natura e interpretazione delle leggi tributarie, in Opere giuridiche, Milano, 1961, vol. I, pag. 142

Vasapolli A., Vasapolli G., Il disinquinamento del bilancio nei principi contabili nazionali in, Corriere tributario, 2005 fasc. 12, pp. 907 – 911

Visentini, Azioni gratuite e rivalutazione monetaria, in Foro it., 1953, IV

Vivante C., La imponibilità del sovrapprezzo da un nuovo punto di vista, in Rivista di diritto commerciale, 1910, p. 833 ss.

Weigmann R., Capitale, utili e riserve nelle società di persone, in Riserve e fondi nel bilancio di esercizio, , Milano, 1986

Zizzo G., L'imposta sul reddito delle società, in Manuale di diritto tributario. Parte speciale, di Falsitta G., Padova, 2009

Zizzo G., voce Reddito delle persone giuridiche (imposta sul), in Dig.disc.priv., Sez.comm-, XII, Torino, 1996, p. 218